

REVISTA DE ESTUDIANTES

Diké

VOL 3, Nº 2, 2011

FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD ALBERTO HURTADO

DIKÉ

Vol 3, N° 2, 2011

ISSN: Derechos Reservados

Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado

Comité Editorial 2011

Victoria Martínez Placencia

Young Park Rojas

Karen Tapia Villa

Colaboradores

Luis Burdiles Villagrán

Gabriela Diaspro Higuera

Consuelo Galdamez Espinoza

Carolina Hevia Jordán

Katherine Hyde Estrada

Pamela Moya Matus de la Parra

Christian Nicolai Astorga

Evelyn Pino Moya

Betsabé Queroz Bravo

Sofía Reyes Sepúlveda

Susana Salas Vallejos

Delia Valdés Riesco

Catherine Ynciso Estrada

Comité Asesor

Hugo Rojas Corral

María Paz Valdivieso Ruiz-Tagle

Dirección

Cienfuegos 41, Santiago de Chile

www.uahurtado.cl

Diseño y diagramación

Revista Mensaje,

Nelson Torres S.

Impreso en GráficoAndes®

Los juicios vertidos por los autores en sus artículos no representan necesariamente la opinión de la institución que edita esta revista.

INDICE GENERAL

| | |
|--|-----------|
| Mensaje del Editor | 7 |
| 1. Testimonio de Manuela Martínez Rubio | 11 |
| 2. El Fin de la Pena en el Régimen Penitenciario Chileno | 17 |
| <i>Jaime Undargarín Mahn</i> | |
| 1. Introducción | 17 |
| 2. Teorías de la pena | 18 |
| 2.1. Las teorías absolutas | 18 |
| 2.1.1 Retribución | 18 |
| 2.1.2 Teoría de la expiación | 19 |
| 3. Teorías relativas de la pena | 20 |
| 3.1 Prevención general intimidatoria | 20 |
| 3.2. Prevención general positiva | 21 |
| 3.3. Prevención especial | 22 |
| 3.4. Teorías mixtas o de la Unión | 23 |
| 4. Normas aplicables y fin de la pena en el sistema penitenciario | 23 |
| 5. Conclusiones | 26 |
| 3. Modelos de Gestión Penitenciaria: Una Aproximación Teórica desde el Sistema de Ejecución Penal Chileno | 29 |
| <i>Alejandro Arévalo Sarce</i> | |
| 1. Introducción | 29 |
| 2. Modelos de Gestión Penitenciaria | 31 |
| 2.1 Modelo de Control | 32 |
| 2.2. Modelo de Responsabilidad | 33 |
| 2.3. Modelo Consensual | 34 |
| 3. Variables estructurales y Gestión Penitenciaria | 35 |
| 4. Rendición de cuentas y Gestión Penitenciaria | 37 |
| 5. Conclusiones | 39 |
| 4. Ejecución Penal Juvenil y el Incendio del Centro “Tiempo de Crecer” | 41 |
| <i>Gabriela Solís Valenzuela</i> | |
| 1. Introducción | 41 |
| 2. Ejecución de Sanciones Privativas de Libertad | 44 |
| 3. Incendio en Centro “Tiempo de Crecer” | 47 |
| 4. Conclusiones | 51 |

5. Algunas Condiciones que Dificultan la Operatividad del Derecho Penitenciario en nuestro País **53**

Cristián Peñaloza Guzmán

| | |
|--|----|
| 1. Introducción | 53 |
| 2. El alto nivel de encarcelamiento contemporáneo | 54 |
| 2.1. La Situación en Chile | 57 |
| 3. El Sistema Penitenciario Chileno: | |
| breves observaciones y críticas | 58 |
| 3.1. ¿Qué dicen nuestros tribunales superiores? | 59 |
| 3.2. La regulación de la ejecución de la pena en Chile | |
| y deuda con el principio de legalidad | 61 |
| 4. Conclusiones | 63 |

6. Una Aproximación al Registro de ADN: ¿Vulneración a la Protección de los Datos Personales? **65**

Karen Tapia Villa

| | |
|---|----|
| 1. Introducción | 65 |
| 2. El ADN | 66 |
| 3. Los Registros del SNRADN y la incorporación de una huella genética | 68 |
| 4. Algunas notas del derecho a la privacidad y datos personales | 70 |
| 5. Palabras finales | 73 |

7. Aspectos Relevantes de los Permisos de Salida en la Jurisprudencia Nacional **75**

Victoria Martínez Placencia, Claudia Méndez Morán

| | |
|--|----|
| 1. Presentación | 75 |
| 2. Definición y características de los permisos de salida | 75 |
| 2.1. Tipos de permisos de salida | 77 |
| a) Salida esporádica | 77 |
| b) Salida dominical | 77 |
| d) Salida de fin de semana | 77 |
| e) Salida controlada al medio libre | 77 |
| 2.2. Requisitos para optar al permiso de salida | 78 |
| a) Consentimiento del condenado | 78 |
| b) Cumplimiento de los plazos establecidos | 78 |
| c) Cumplimiento íntegro de las obligaciones del permiso anterior | 78 |
| d) Ausencia de peligro de abuso | 78 |
| e) Ausencia de peligro de fuga | 79 |
| f) Informe favorable del Consejo Técnico | 80 |
| 3. Análisis de jurisprudencia | 80 |
| 3.1. Permisos de salida y fines de la pena | 81 |
| 3.2. Permisos de salida y flexibilidad | 83 |
| 3.3. Permisos de salida y discrecionalidad administrativa | 85 |
| 4. Conclusiones | 87 |

8. Madres Privadas de Libertad: Derecho al Cuidado Personal de los Hijos y Programa de Residencias Transitorias **91**

Enzo Botto Muñoz

| | |
|---|-----|
| 1. Introducción | 91 |
| 2. Por qué las mujeres encarceladas necesitan de nuestra atención | 92 |
| 2.1. Situación de las mujeres | 94 |
| 3. Derecho al cuidado personal de los hijos | 95 |
| 3.1. Marco legal | 95 |
| 3.2. Denominación y concepto | 95 |
| 3.3. Madres privadas de libertad | 96 |
| 3.4. Pérdida del derecho | 96 |
| 4. Convención sobre los Derechos del Niño | 98 |
| 4.1. El niño como sujeto de derechos | 99 |
| 4.1.1. Interés superior del niño | 100 |
| 4.1.1.1 Niño para la Convención | 100 |
| 4.1.1.2 Contenido | 100 |
| 4.2. CDN y madres privadas de libertad | 101 |
| 5. El Estado como principal garante de los derechos de niños y adolescentes | 102 |
| 5.1. Hitos | 102 |
| 5.1.1. Norma internacional | 103 |
| 6. Residencias transitorias | 104 |
| 6.1. Concepto | 104 |
| 6.2. Población | 104 |
| 6.3. Generalidades | 104 |
| 6.4. Aspectos a considerar | 106 |
| 6.5. Reflexiones del Estudio | 106 |
| 7. Conclusiones | 108 |
| 7.1. Fortalezas | 108 |
| 7.2. Debilidades | 108 |

9. La Responsabilidad Extracontractual del Estado por Incumplimiento en los Deberes de Custodia y Seguridad Interna de Gendarmería en los Recintos Cerrados de Adultos **111**

Fabiola Soto Lavín

| | |
|--|-----|
| 1. Algunas notas acerca del incendio de la cárcel de San Miguel | 111 |
| 2. La responsabilidad extracontractual del Estado | 113 |
| 2.1. Fundamentos legales | 113 |
| 2.2. Desarrollo doctrinal | 113 |
| 3. Fundamentos legales de la responsabilidad extracontractual por incumplimiento en los deberes de Gendarmería | 116 |
| 3.1. Gendarmería como órgano de la Administración del Estado | 116 |
| 3.2. Los deberes de seguridad interna y custodia de Gendarmería: Regulación en Chile y España | 116 |

| | |
|---|-----|
| 3.3. Fundamento del deber de custodia y seguridad interna: Protección de la vida e integridad física de los internos | 117 |
| 4. Los deberes de seguridad interna y custodia de Gendarmería | 118 |
| 4.1. Facultades de la Administración del Estado | 118 |
| 4.2. Las medidas preventivas | 118 |
| a) Medidas de seguridad | 119 |
| b) Medidas de coerción | 120 |
| c) Mediación penitenciaria | 121 |
| 4.3. Medidas presenciales | 121 |
| 4.4. Las medidas disciplinarias | 122 |
| 4.5. Los derechos fundamentales y las medidas de tratamiento: los límites generales | 123 |
| 5. El nexo de causalidad | 124 |
| 6. La imputación de daño: El estándar de servicio en el cumplimiento de los deberes y la anormalidad del mismo | 125 |
| 7. Conclusiones | 127 |

MENSAJE DEL EDITOR

Ni la furia del trueno ni la hora de la tempestad hieren más alto que mi pena (...) aprendí tantas cosas como las premoniciones de las calamidades (...) así entendí un mundo dolido y caminante (...)

Matilde Espinosa

Estamos próximos a un año de la conmemoración de la muerte de 81 reclusos de la cárcel de San Miguel. El incendio del 08 de diciembre de 2010 constituye uno de los episodios más desgarradores de que hemos sido testigo la comunidad nacional.

Es un hecho público y notorio que las condiciones de nuestro sistema carcelario adolecen de altos índices de insalubridad, inseguridad, hacinamiento, y se observa, una escasa preocupación para revertir tal diagnóstico.

Tal vez, la sociedad se ha ido convenciendo que el presente carcelario es mejor que el de antaño. En ese escenario sólo cabría recordar cómo eran las prisiones que reemplazaron a los patíbulos, y cómo se reformuló la forma de *vigilar y castigar*, en términos de Foucault. Obviamente se avanzó del maltrato corporal y tratos degradantes a quienes estaban reclusos, hacia una esfera de disciplina y corrección de quienes están encarcelados.

Puede ser que como sociedad se nos haya olvidado el nacimiento de estos espacios carcelarios. La cotidianeidad de la prisión sólo viene a reflejar lo que se ha planteado como un cierto *orden de las cosas*, en las que aquellos que no pudieron acceder a determinados *espacios sanos*, se han visto condicionados a habitar este espacio que tiene su origen en lugares completamente diferentes.

Utilizando la nomenclatura de P. Bourdieu en *La miseria del mundo*, podría señalarse que (...) *sin embargo todo hace pensar que lo esencial de lo que se vive y se ve sobre el terreno (...) tiene su origen en un lugar completamente distinto (...) nada lo muestra mejor que los guetos estadounidenses, esos lugares abandonados que se definen, en lo fundamental por una ausencia: esencialmente la del Estado y todo lo que se deriva de éste: policía, escuela (...)*. Se trata de esos lugares difíciles tanto para describirlos como para pensarlos, y sobre los cuales no basta una mirada simplista, sino más bien, una apreciación que posibilite una transformación en el discurso de quienes participan en la elaboración de políticas penitenciarias, en la perspectiva del respeto a los derechos y garantías de las personas, y en vista

a cómo la sociedad ha establecido la privación de la libertad como una respuesta 'eficiente' al binomio delito/sanción.

Para aquellos que han convivido con la marginalidad social, sabrán de mejor manera qué significa cohabitar con las *pequeñas miserias* cotidianas que nos remiten a esa *miseria de posición*, aquella que se observa frente al establishment caracterizado por un discurso en que esas pequeñas miserias quedan inmersas en el mensaje de resignación y percepción de que no se puede alcanzar lo deseado, o que en definitiva, no se contempla la posibilidad de modificar tales situaciones. Se trataría de un discurso dirigido a que ése es el *orden de las cosas*, y que precisamente en ese orden, se sentencia a determinados grupos sociales a convivir e intentar desarrollarse en ciertos *lugares difíciles*.

Ciertamente, los espacios de los que provienen muchos de los 81 reclusos que fallecieron en el incendio de la cárcel de San Miguel se caracterizan por ser *lugares difíciles* en los que hubo que educarse y desarrollarse. Algunos sectores radicados en la periferia de nuestra capital son claros ejemplos de los que no podemos sentirnos orgullosos. No podemos enorgullecernos porque no hemos sido capaces como sociedad de no aumentar la segregación social que, más allá de las estigmatizaciones propias, va multiplicando real y simbólicamente nuestras tasas de exclusión, confinando a quienes viven en esos lugares difíciles a una sensación de privación y desigualdad patentes.

Posiblemente, la mayoría de quienes estén leyendo estas líneas no han tenido que sobrevivir en este tipo de espacios. No conocemos lo que efectivamente significa en el día a día no poder disfrutar de los bienes al que algunos de nosotros podemos acceder. Tampoco conocíamos a algunos de los 81 reclusos. Aunque no constituye por sí sola una explicación del por qué estas personas estaban recluidas en ese recinto, cabe destacar que las precariedades (tanto en educación, oportunidades, políticas de acceso, subsidios estatales, etc.) que experimentaron contribuyeron considerablemente a que sus conductas no se ajustaran a derecho, y terminaran siendo protagonistas del sistema penitenciario penal. Aparecerán algunas voces señalando lo contrario, pues ¿cómo se explica que no todas las personas que habitan estos lugares actúen del mismo modo?

A pesar de no contar con todas las respuestas, sí es posible afirmar que la vida de todo ser humano es valiosa en sí misma, y que no cabría la distinción entre vidas que tengan más peso o valor que otras. Y aunque los medios de comunicación han posicionado el tema de *Los 33*, el de *Los 21*, como eventos ejemplares de vidas que contribuían a una sociedad mejor, el episodio de *Los 81* ha quedado en el olvido y silencio de nuestra sociedad, pues al parecer, no entrega rédito alguno que permita obtener ventajas o ganancias. Al contrario, hacerse parte de esta realidad implica someterse a conflictos profundos de cómo vemos la vida en común, y de cómo hemos querido que sea. De cómo hemos querido plasmar nuestro ideario político-social en cada una de las propuestas que hacemos no sólo en el campo del Derecho Penitenciario, sino que en todas aquellas zonas que nos aproximan

a la desigualdad reproducida por nuestro sistema, y al acomodo que en variadas ocasiones nos embarga y nos consuela de que estamos mejor que antes.

Quizá para *Los 81*, la sola mención del número les recordaría que ellos eran eso en lo cotidiano de la cárcel: un número más en la cuenta de cada día al desencerrarlos y al volver a la celda al final de la tarde.

Hemos querido dedicar esta edición de la revista a los familiares de las víctimas del incendio de la cárcel de San Miguel. Queremos agradecer enormemente a Manuela Martínez R. y su marido Carlos Valdebenito por la confianza en entregar su testimonio a este equipo. Este es un reconocimiento a las familias que acompañan a sus cercanos en cada visita, en cada diligencia a los tribunales, y especialmente a quienes comparten el dolor de haberse despertado ese 8 de diciembre con la noticia del incendio.

Si la vida de cada ser humano tiene el mismo valor, debería importarnos la muerte de cualquier ser humano. Y tal como lo expresó doña Manuela en su testimonio: “*Queremos que no vuelva a ocurrir lo mismo y que nunca se olvide esto*”.

Karen Tapia Villa
Presidenta Comité Editorial
Revista Diké

Santiago, 10 de noviembre de 2011

TESTIMONIO DE MANUELA MARTÍNEZ RUBIO¹

Me llamo Manuela del Carmen Martínez Rubio. Nosotros somos... éramos 5 personas de la familia: el papá y mis tres hijos, pero falleció mi hijo mayor Julián. Yo soy la mamá de Julián Valdebenito, uno de los que falleció.

Mi hijo estaba con una condena de 10 años, pero la que realmente tenía que hacer era de 5 años. Yo supe por mi hijo Julián que un funcionario de la policía corrupto lo ‘cargó’ con otro robo, pero por lo que había hecho sólo tenía que cumplir 5 años. Yo jamás lo dejé solo, siempre estuvimos con él. Siempre. Durante 6 años que estuvo preso Julián, nunca fue castigado. A lo mejor pensarán que porque soy la mamá, digo que Julián era bueno y todo, pero mi hijo era mecánico, realmente tuvo sus estudios, él tenía su cuarto medio, su práctica, todo.

Cuando mi hijo falleció tenía 26 años. A los 20 años cayó preso, el 02 de diciembre de 2004. Y falleció el 08 de diciembre de 2010. Julián dentro de la cárcel era un ‘choro’, pero un ‘choro ángel’. La ley que tienen adentro es tener su espacio y todo, él tenía su espacio, pero todos los que lo conocieron me decían que él siempre fue bueno. Nunca fue abusador con los demás ni nada, porque ahí, generalmente cuando hay otro más débil, lo toman para que haga todas las cosas. Algunos son abusadores con ellos porque incluso les pegan para que le hagan las cosas. Una vez Julián nos dijo “no tengo por qué andarle pegando a los demás“. Él nunca me dijo lo que pasaba adentro, incluso cuando estuvo su otro hermano detenido, éste le decía “nunca le digas a los papás lo que pasa aquí, si tú hiciste algo, teni’ que apachugar”.

En una ocasión cuando habló con el papá le decía que los sacaban injustamente a las tres, cuatro de la mañana al gimnasio y les pegaban sin ropa. Él nos decía que eran demasiado abusadores los gendarmes y resulta que la corrupción que hay adentro es por ellos, porque todo pasa por ellos, todo... Igual hay gendarmes que cumplen con sus labores y otros no, como en todo lados.

Nosotros somos cristianos y no tenemos odio contra los gendarmes ni nada de eso, sino que pedimos que se haga justicia solamente. Para que no se vuelva a repetir. Que tengan las condiciones básicas para vivir porque ellos igual son personas. Que necesitan una ayuda más que nada. Porque salen más malos de lo que entran. Por ejemplo, mi hijo tuvo que estar casi los cuatro años para que

1 Testimonio basado en la entrevista efectuada a Manuela Martínez Rubio el 08 de noviembre de 2011 en la Universidad Alberto Hurtado, por el equipo de la Revista.

podiera obtener un beneficio para trabajar, o hacer un curso de los que tienen adentro. Porque él hizo el de pintar. Porque después que a ellos los condenan, recién vienen a tener un beneficio, o hacer un taller, alguna cosa.

Mi hijo fue condenado por un robo a un banco. Y por eso eran 5 años y un día. Pero a mi hijo lo acusaron de otro asalto. En esa ocasión, un funcionario de policía lo acusó de un delito que no cometió, trajeron como testigos a los mismos chiquillos que estuvieron en ese robo y ninguno de ellos reconoció a mi hijo. Sólo el Carabiniero. Y por eso mi hijo estaba cumpliendo los otros 5 años. Si no mi hijo hubiese estado afuera, porque ya había pagado lo que él había hecho.

El día del incendio yo me enteré por mi otro hijo. Él estaba detenido en la torre 4. Y me llamó como a las cuatro y media más o menos, me acuerdo porque ese día era miércoles, y las visitas eran miércoles y domingos. Yo iba a todas las visitas, durante los 6 años, pero hace 2 años y medio aproximadamente, yo iba sólo algunos miércoles, porque iba la señora de él, la polola que tenía él. Entonces le dejamos el día miércoles a ella y nosotros íbamos el día domingo.

Mi hijo me llamó y me dijo “mamá, sabí’ que algo está pasando en la torre de mi hermano”. Yo le dije “¿pero qué hijo?”, y me dijo “no se pu’h mamá, yo estaba durmiendo y me despertaron... hay fuego al otro lado”. Entonces le dije “pero hoy día no me toca ir a mí, le toca a la Susana...”, para no crear problemas, y me insistió “ven, ven a ver qué está pasando” y me levanté. Después me volvió a llamar y me dijo “mamá trata de apurarte, apúrate”, me decía, “porque se sienten puros gritos de los chiquillos”.

Él mismo llamó a la Susana, y con una vecina del otro pasaje que tenía también un familiar, que era compañero de mi hijo, nos juntamos y fuimos a la cárcel.

Llegamos como veinte para las seis más o menos a San Miguel. Yo nunca pensé que era... tanto. Claro, dijeron fuego, pero no me imaginé... más encima a esa hora en la tele no había nada todavía, porque era muy temprano.

Cuando llegamos allá... no quería creerlo... Yo veía fuego y más encima, justo donde estaba mi hijo...

Cuando estábamos ahí afuera de la cárcel, llegaron los bomberos. Pero la primera vez, entró la bomba por un lado que no había. Pero no, no fue eso, el gendarme no dejó entrar la bomba. Y después la bomba se tiró hacia atrás, y se devolvió donde estábamos nosotros y se ven todas las torres. Entonces, se puso una escalera para un bombero. Pero éste se pegó en el pie con la escalera, y se le quebró parece. Y ahí tiraban agua... pero el fuego estaba por todos lados. Eran desesperantes los gritos que se sentían...

Nosotros estuvimos todo el día, yo estuve todo, todo el día. De repente salían los gendarmes a hablar porque nosotras mismas gritábamos, que nos dijeran algo, que dijeran quiénes eran, los que... si sabían alguna cosa... Salían y decían que no, que no se podía decir nada todavía. Después volvían a salir, daban algunos nombres de los que estaban adentro, pero nosotros sabíamos que eran ésos. Pero

no nos decían si estaban muertos, si estaban quemados solamente... No me acuerdo realmente a la hora que salieron los gendarmes cuando dijeron que habían llevado algunos a los hospitales. Yo incluso me iba a ir para allá, y mandé a una sobrina a uno de los hospitales, el Barros Luco me parece que era, para ver si llevaban para allá a mi hijo. Y allá le dieron la lista de los que estaban allí y mi hijo no estaba. Mi sobrina se devolvió y ahí tuvimos que seguir esperando.

A mí me avisaron como a las seis de la tarde más o menos. Que era cuando salieron a dar un comunicado. Porque no daban nada, si no decían nada. Al último, las listan que salían, donde salieron varios, no salía mi hijo. Y yo todavía estaba con las esperanzas...

Mi otro hijo estaba en la otra torre, pero no los sacaron, para nada. Y ahí a mi hijo le gritaron que su hermano había fallecido... fue mi hijo el que me avisó...

Y ahí me gritaba “¡mamá, mi hermano, mi hermano, se me fue mi hermano!”... Y ahí, echó unos garabatos, y me decía “¡mamá, si el paco no quiso abrir la puerta!”... Y justamente de la torre miraban con los espejos dónde estaban los gendarmes. Y les gritaban “¡ábranle la puerta a los cabros! Si no son perros ¡ábranle la puerta!”... Y ahí se vio que, incluso uno de los chiquillos, no sé, creo que grabó ese momento, donde el gendarme le dice “que se mueran” y le echó los garabatos “que se mueran, que se maten” decía el gendarme... Y todo eso mi hijo lo tiene en la cabeza. Fue muy fuerte todo eso...

Me llamó una asistente social y una gendarme para avisarme que Julián había muerto. Me mostraron solamente la foto de mi hijo. Me dijeron que era uno de los fallecidos... que tenía que ir al Instituto Médico Legal después, y ahí nada más.

A mí no me acompañaron de Gendarmería ni nada. A nadie, si ahí nos avisaban no más y teníamos que partir nosotros. Cuando tuve que ir a reconocer el cuerpo de Julián, nadie me dijo nada...

Al otro día, llegué a la cárcel para ver a mi otro hijo porque le tocaba juicio ese jueves. Pedí verlo... que me lo mostraran... Y me dijeron que no, que no lo podía ver, que tenía que esperar no más, que no lo podían sacar. Pero yo les dije que tenía una audiencia. Así que el abogado lo mandó a buscar y se lo llevaron. Después yo me fui al Instituto Médico Legal. Una gendarme me dijo “si necesita algo, tiene que llamar a este número”. Ya, le dije yo. Y la asistente social que me avisó que mi hijo había muerto, me pasó un papel y me dijo que habían psicólogos.

Cuando fui a reconocer el cuerpo al Instituto Médico Legal, fui con su hermana mayor. Con ella entramos, lo reconocimos y todo...

Yo le doy gracias a Dios que le pude ver su cara... porque hay mamás que no pudieron ver la carita de su hijo. Yo le vi... no sé, de aquí para arriba [señalando de la cintura a la cabeza], y se veía... Tenía quemada su carita, pero, se veía que era él... Y no lo pude velar con el cajón abierto porque estaba botando líquido, y con las quemaduras se veía mal... lo fui tocando así [se toca la cara y el brazo], pero no

me dejaron tocarle para abajo... porque no tenía... estaba quemado... Pero igual yo le doy gracias a Dios, porque yo pude ver que estaba enterrando a mi hijo...

Hace como dos meses me fueron a buscar de la Fiscalía. Y fui con la mamá de uno de los niños que vive atrás mío, es que andábamos siempre juntas. Llegamos allá, después que nos hablaron todo lo que podíamos hacer. Nos dijeron, “pero si usted recibe la ayuda psicológica, ustedes no pueden demandar al Fisco”. En esa reunión de la Fiscalía nos hablaron varias cosas y al último, nos dijeron que si nosotros aceptábamos la ayuda psicológica, no podíamos demandar al Estado. En la reunión que tuvimos hace poco, nosotros hablamos esto y estaba justamente el que nos dijo todo eso. Estaba la PDI, Gendarmería, estaban todos los que ese día hicieron esa reunión. En ese momento alguien reconoció a esa persona que nos dijo que iban a cobrar por la ayuda. Se levantó él y dijo “sí, nosotros fuimos”. El fiscal de San Miguel, fue el que dijo eso.

Él afirmó que ésa era la información que le había llegado a él. Y que ahora se iba a hacer una ayuda para todas las familias que quisieran recibir ayuda psicológica. Porque en diez meses no había pasado nada. Y él dijo que ahora iba a prestarse la ayuda, pero sin costo alguno.

Yo fui a dos sesiones. Y el abogado me dijo que no firmara porque a mí no me podían obligar a firmar nada. Porque por el hecho de firmar, me hacía renunciar a demandar al Fisco. No podíamos ir a las sesiones sin firmar, porque el papel era lo primero que pasaban.

Después fui a pedir a la cárcel las cosas de mi hijo. Pero no las encontraron. Las cosas como el carné, las que habían pillado al detenerlo, como el celular, el cinturón, tampoco las entregaron. Incluso mi hijo tenía un anillo de oro bonito, que era el único que usó y se lo quitó el Carabinero que lo retuvo. Se perdieron todas las cosas.

Pedí también el registro de visitas, porque eso es fundamental para el juicio de mi hijo. Los abogados igual lo piden, pero yo la quería tener en mis manos. Y me dijeron que en diez días más me entregarían un certificado de conducta, el registro de visitas y de trabajo. Porque mi hijo estaba trabajando adentro. Después me dijeron que ellos no daban documentos de trabajo y me dieron una hoja. Mi hijo cayó el 2004 y sale solamente registrado desde el 2007 para adelante. Porque dijeron que antes no se usaba la computadora. Y yo a mi hijo, nunca, nunca lo dejé de ir a ver. Por último, quedé con la satisfacción de que nunca lo dejé solo.

Porque ahora igual hay gente que piensa más en la plata que en lo que le ocurrió a su hijo. Porque lamentablemente hay gente así, porque yo ahora he visto gente que jamás vi en la cárcel. Mamás que nunca fueron. Y eso es lo más lamentable porque, por último, ya, si un chiquillo cometió un error, hay que ayudarlo, apoyarlo.

Mi marido está enfurecido con los gendarmes, él dice “no sé qué es lo que haría si yo viera un gendarme al lado mío, yo soy cristiano, me la he aguantado toda, pero... no sé” y me dice “mira Manuela, aquí hay que educar al ‘paco’, para que

ellos puedan educar a los cabros. Porque si no, nunca se va a mejorar nada". El gendarme tendría que tener un estudio como debe ser, porque castigar a los cabros por castigar... Está bien, los cabros usan celular, pelean. Nosotros siempre hemos sabido que hay peleas, y de que hay por lo menos un muerto a la semana en las cárceles. En San Miguel siempre ha pasado eso. Pero eso nunca se sabe. Eso lo sabe la familia, porque estamos ahí, pero salir en la tele, no.

Nosotros llegábamos a las cinco y media de la mañana a hacer la cola para entrar. Y Julián me decía "mamá, que no te pasen a llevar afuera". No, le decía yo, si yo no tengo problema con nadie. Gracias a Dios nunca tuve problema. Porque allá generalmente las cabras más jóvenes pelean afuera y por eso son los problemas que tienen adentro los cabros.

Que hayan empezado o no hayan empezado la pelea, es totalmente indiferente al incendio. Porque siempre hay peleas y el gendarme siempre ve que pelean, y cuando uno cae al suelo recién se van a meter. Y no porque lo esté diciendo yo, porque hay gendarmes que lo han dicho y han comentado las cosas. Eso se ve, que después que pelean se van cada uno para su pieza, o si estás herido te vas para la posta.

Ese día los gendarmes vieron todo. Uno de ellos andaba con audífonos, otro andaba con trago. Eran los que estaban de guardia. Si todos alrededor de la cárcel escuchaban los gritos de los chiquillos, cómo ellos no iban a escuchar si estaban más cerca que la gente de afuera... Y reaccionar después de tanto tiempo... después que no podían abrir el candado.

*Yo igual le dejo las cosas a Dios y a los que **tienen que hacer justicia**, porque mi hijo igual hizo algo malo y estaba pagando por eso. Pero aquí Gendarmería fue la culpable. Por eso le digo que hubieran muerto hasta cinco, pero ochenta y uno no. Podrían haberse evitado.*

Julián el día antes, me dijo "mamita, ¿podí' hablar con mi hermano? y dile que me mande agua, por correo". Eso significa que la botella la pasan con un cordel de una torre a otra. Me dijo que no había agua, que estuvieron todo ese día sin agua.

Julián me llamó como a las doce y media más o menos del día que falleció. Porque aparte de las pinturas que hacía, él vendía hierba-mate y huevos. Ese día miércoles me tocaba llevarle huevos, pero no se los iba a llevar yo, los iba a pasar a buscar la polola, porque iba a ir ella. Me dijo "mamita no vengai' tú porque va a venir la Susana, entonces mándame las cosas con ella, ya mamita un besito cuídate, te amo" Siempre me decía eso en la noche. Yo también le decía todos los días que lo amaba, pero nunca me imaginé que iba a ser lo último que hablara con Julián...

Cuando llegue el 08 de diciembre los familiares vamos a recordarlos, pero lamentablemente creo que la sociedad no mucho. Porque si se recordaran un poco, por último el Presidente se hubiera acercado como lo ha hecho con otras familias, como los 21 o los 33. El Presidente estuvo ahí delante de ellos, para decirles por

último, lo siento o darle el pésame en conjunto. Pero el Presidente hasta el día de hoy no se ha presentado con nosotros, nunca.

*Nosotros esperábamos que cuando habló, el 21 de Mayo, iba a decir algo. Pero nombró a los 81 y los pasó así, rápido. Entonces se le ha dado muy poca importancia, porque yo digo, fueron 81, no 15 ni 10... ellos estaban pagando por lo que hicieron... Si yo hubiera sido gendarme o Carabinero, yo estoy para ayudar y salvar vidas, no para dejarlos que mueran. Ésa es la rabia que da, porque no fueron ni 5 ni 10, **fueron 81.***

Ése es el dolor grande... yo sé que ellos no están con la consciencia tranquila, porque igual deben pensar, se deben acordar... Según los 31 sobrevivientes, los chiquillos que se fueron no están tranquilos. Porque dicen que los escuchan, sienten las voces. Incluso hay chiquillos de las otras torres que tiran cigarros donde estaban ellos, lo mismo que hacían cuando estaban vivos, porque dicen que no los dejan tranquilos, que se sienten los gritos, las lamentaciones y todo...

Entonces ahora queremos hacer algo de paz, con esto que pasó, con la organización queremos hacer cosas buenas, por ejemplo que los 31 sobrevivientes tengan una oportunidad de recibir un indulto o rebajarle los años que tienen. Para que ellos puedan después salir a la sociedad y tener donde trabajar.

Queremos que no vuelva a ocurrir lo mismo y que nunca se olvide esto.

El 8 de diciembre próximo queremos que se prendan unas velitas, o que se haga una oración, algo así, pero nada con violencia... para que ese día haya paz...

EL FIN DE LA PENA EN EL RÉGIMEN PENITENCIARIO CHILENO

Jaime Undargarin Mahn²

1. Introducción

Comenzaremos con un ejemplo, que retomaremos periódicamente:

Federico es una persona fiel al derecho, durante sus sesenta años de vida ha pagado sus impuestos, cumplido sus deberes matrimoniales, pagado sus deudas, no ha delinquido. Un día Carla (la hija de Federico) se suicida. En su nota suicida, le comunica a Federico que ella fue violada hace siete años por Segismundo quien fue su psicólogo, y no puede tolerar sus sentimientos de culpa ni repulsión propia. Federico con un ánimo vindicativo planea el homicidio de Segismundo, se demora un año en ejecutar la acción criminal. Pasado el año da muerte a Segismundo ensañándose en su persona. Federico es condenado a cumplir 5 años y un 1 día de presidio mayor en su grado mínimo.

Es sabido que si un sujeto realiza una acción ilícita penada por la ley es objeto de un castigo, este castigo por consiguiente es consecuencia de su acción. Aun así, esta causalidad no es suficiente para determinar el por qué se castiga, por ello debe existir un fundamento mayor, un fundamento que explique el por qué se han de castigar las conductas contrarias a derecho.

El objeto de este trabajo es determinar el fin (o función) de la pena en el régimen penitenciario, esto es: el por qué se castiga y cuál es la función que la pena debe tener.

Para esto, el artículo se dividirá en tres partes esenciales: Teorías de la pena, normas y fin de la pena en el sistema penitenciario, conclusiones. Esta división se hará para la sistematización y comprensión del tema, que nos presenta a priori una interrogante bastante compleja: ¿Cuál es el fin de la pena en el régimen penitenciario chileno? Ya que si bien hay normas que expresan el fin, éstas no tienen una aceptación general en la doctrina por diversas y acertadas razones.

Primeramente se presentarán las teorías de la pena, para así fundamentar cuál es la que se aplica en nuestro ordenamiento jurídico, y si existen expresamente o de forma tácita.

Luego, se revisarán las normas actualmente existentes en nuestra legislación, con el objeto de dar una respuesta correcta a la interrogante presentada.

2 Egresado de la carrera de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado.

2. Teorías de la pena

Varios autores han creado diversas teorías con la intención de responder la interrogante planteada. Si bien, cada planteamiento tiene alguna particularidad que lo distingue de los demás, las teorías tradicionalmente se encuadran en dos grandes grupos: Las teorías absolutas y las teorías relativas.

2.1. Las teorías absolutas

Tienen como característica fundamental una desvinculación con el efecto social que producen, la pena se centra exclusivamente en el delincuente y no en la sociedad toda, ya que es éste quien ha transgredido las normas jurídicas³. Pudiendo resumirse estas teorías en el antiguo latinazgo *Punitur, quia peccatum est*. Las teorías absolutas de mayor relevancia son: la retribución y la expiación.

2.1.1 Retribución

La retribución es sin dudas la teoría de la pena más antigua de todas, y generalmente resumida con el famoso *ojo por ojo, diente por diente*. Ahora bien, se define de forma más correcta con la siguiente fórmula:

La pena es un mal que se dicta contra el autor por el hecho culpable. Se basa sobre el postulado de una retribución justa, que “cada uno sufra lo que sus hechos valen”, vale decir, sobre el postulado de la armonía entre merecimiento de felicidad y felicidad, merecimiento de pena y sufrimiento de pena. Según este postulado de un curso justo del mundo, es correcto que el delincuente sufra también conforme a la extensión de su culpabilidad⁴.

La retribución es en sí la pena que efectivamente cumple armónicamente con todos los principios del derecho penal, especialmente con el principio de proporcionalidad (o bien de culpabilidad) ya que la pena siempre es proporcional al injusto causado.

Si bien hay varias críticas a esta doctrina una de las principales es la de Bustos, que establece que al ser un mal, no es compatible con la dignidad de la persona ni el Estado de Derecho⁵, lo cual a mi parecer es falso, ya que la pena es objetivamente un mal, es una privación de un derecho (en el caso de las penas privativas de libertad, el derecho de libertad) por lo tanto un perjuicio. Si compartiéramos la opinión de Bustos no podríamos fundamentar ninguna teoría de la pena. Además al partir de la base de que las personas son libres, y que por ello sus acciones

3 Cfr. ROXIN, Claus: *Derecho Penal parte general Tomo 1. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Editorial Civitas, Madrid, 1997, p. 82.

4 WELZEL, Hans: *Derecho penal parte general*. Editorial Roque de Palma, Buenos Aires, 1956, pp. 233-234.

5 Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, Juan; HORMAZÁBAL MALAREÉ, Hernán: *Lecciones de derecho penal volumen I: Fundamentos del sistema penal, esquema de la teoría del delito y del sujeto responsabilidad y teoría de la determinación de la pena*. Editorial Trotta, Madrid, 1997, pp. 46-47.

voluntarias deben ser castigadas, le otorga relevancia al sujeto y lo trata como un sujeto responsable.

Más correcta es la crítica de Roxin, que establece que la retribución no puede ser fundamento de la pena, debido que el derecho penal protege bienes jurídicos, por lo tanto tiene una función social, y la retribución como base no tiene una función social expresa y directa⁶.

No es claro en la doctrina que el derecho penal proteja bienes jurídicos. Para efecto de este artículo diremos que el derecho penal no busca proteger bienes jurídicos, sino que el derecho penal protege personas⁷.

2.1.2 Teoría de la expiación

Si bien generalmente la teoría de la expiación se encuentra ligada con la retribución, ésta se diferencia en que busca que el sujeto culpable de una transgresión a la norma se arrepienta de ello⁸. Así, si Federico realizó un delito, el fin de la pena sería que Federico se arrepintiera del delito, de esta forma expiaría su mal.

Se puede apreciar en esta teoría una antecesora de la prevención especial.

Podemos criticar esta teoría diciendo que esto es un acto moral de un sujeto determinado, que no tiene relación con el mal causado a otro. Además de la dificultad de establecer el límite a la pena, ya que si fuera el fin 'expiar' podríamos tener un sujeto que está privado de libertad varios años por un delito menor, lo mismo que un sujeto que está un par de meses en la cárcel si se arrepiente de su transgresión.

Sin duda es imposible saber si alguien está o no arrepentido de su delito a ciencia cierta.

6 ROXIN, Claus: *Derecho Penal parte general Tomo 1. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. 1997, p. 84: *La finalidad del Derecho penal consiste en la protección subsidiaria de bienes jurídicos, entonces, para el cumplimiento de este cometido, no está permitido servirse de una pena que de forma expresa prescindiera de todos los fines sociales. La idea de retribución exige también una pena allí, donde sobre la base de la protección de bienes jurídicos no sería necesaria; pero entonces la pena ya no sirve a los cometidos del Derecho penal y pierde su legitimación social.*

7 JAKOBS, Günther: *Sobre la normativización de la dogmática jurídico penal*. Editorial Civitas, Madrid, 1ra edición, 2003, p. 72: *Los bienes jurídicos sólo pueden representarse como relaciones entre personas, pero esta proposición no es susceptible de ser formulada a la inversa: en el marco de estas relaciones, no siempre se trata de bienes. En el ámbito de la garantía de deberes positivos, se pretende que se realicen determinadas instituciones; en todo caso, de modo mediato, a través de ello también que se mantengan determinados bienes (III.B) c) Un comportamiento que lesiona bienes y un comportamiento no permitido no son lo mismo, y con ello los bienes pasan definitivamente a un segundo plano, detrás de las relaciones entre personas (III.C).*

8 Sin embargo, con la 'expiación' se piensa a menudo que el autor acepta interiormente la pena como justa compensación de la culpabilidad, que asimila moralmente su comportamiento delictivo, se purifica y recobra por dicha expiación su integridad humana y social. Cfr. ROXIN, Claus: Ob. cit., p. 85.

3. Teorías relativas de la pena

En contraposición con las teorías absolutas de la pena, se encuentran estas teorías, las que se podrían resumir diciendo ‘se pena para que no se repita la conducta’⁹ o bien *punitur, ne peccetur* en la fórmula latina.

Las teorías relativas que han tenido mayor popularidad doctrinal han sido: la prevención general intimidatoria, la prevención general positiva, la prevención especial, y las teorías mixtas.

3.1 Prevención general intimidatoria

Esta teoría nace de Von Feuerbach, quien planteó que la pena tiene un carácter de coacción psicológica (o intimidatorio), con el fin que otros sujetos no realicen actividades criminales¹⁰.

La teoría es preventiva, puesto lo que busca es evitar la comisión de delitos, así la pena va dirigida no sólo al autor del delito sino a la sociedad toda. Mezger resume la prevención intimidatoria diciendo:

*La prevención general es actuación pedagógico-social sobre la colectividad. Aunque la pena estatal sea -y lo es siempre- una medida frente al individuo -a quien se le conmina, impone y ejecuta la pena-, tiene una amplísima significación, que va mucho más allá de la significación particular que posee en cada caso. La pena actúa y debe actuar, a la vez, sobre la comunidad jurídica y sobre la conciencia de la colectividad “intimidando” y, por consiguiente, previniendo el delito. Al mismo tiempo, debe servir para “educar” la conciencia de la colectividad hacia sentimientos más humanos, esto es, contrarios a la comisión del delito*¹¹.

Como se establece, el fin de la prevención intimidatoria es evitar que los sujetos actúen contra derecho, ya que son coaccionados por la norma. Así Juan no delinquirá, dado que si delinque sufrirá una pena, y esto lo sabe, pues vio como la pena se le impuso a Federico.

Las críticas a esta teoría parten de la base que se instrumentaliza al ser humano, ya no se castiga sólo porque se delinque, sino para crear un estado psicológico en los demás miembros de la sociedad para que éstos no infrinjan las normas. Esto trae como consecuencia que ciertos delitos tengan una pena desproporcionadamente alta para coaccionar efectivamente a los sujetos¹².

9 Es decir, se castiga, para que no se incurra de nuevo en pecado (teorías relativas). Cfr. POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia: *Lecciones de derecho penal Chileno parte general*. Editorial Jurídica de Chile, 2da edición, Santiago, 2003, p. 55.

10 Cfr. POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia: Ob. cit., p. 59.

11 MEZGER, Edmund: *Derecho penal, libro de estudio parte general*. Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1958, p. 371.

12 Críticas más acabadas en POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia: Ob. cit., pp. 60 y ss.

Otra crítica bastante potente, se refiere a la falta de datos empíricos que imposibilitan la aceptación científica de esta teoría.

3.2. *Prevención general positiva*

La prevención general positiva se diferencia de la prevención intimidatoria al ya no establecer que los sujetos se verán compelidos a no realizar conductas prohibidas por la coacción de la norma, sino, *se inclina por una prevención general más amplia cuyo objetivo es perseguir la estabilización de la conciencia del derecho*¹³. Esta conciencia no es más que la protección a la vigencia de la norma.

Cuando un sujeto realiza una conducta contraria a derecho, este sujeto niega la norma, comunica al mundo exterior que la norma no le es aplicable, por eso al momento de castigarse al transgresor se niega su negación.

*La vulneración del Derecho como tal es, ciertamente, una existencia positiva, exterior, que es en sí nula. La manifestación de su nulidad es el anulamiento de la existencia de aquella vulneración; es la realidad del Derecho como su necesidad que se concilia consigo misma mediante la negación de su vulneración*¹⁴.

Se castiga para resguardar el orden social pre configurado, las expectativas normativas con las cuales contamos como sujetos insertos en sociedad¹⁵. Así en el ejemplo inicial, Federico es castigado no para que Juan no cometa homicidios, ni porque su acción merece una pena retributiva, ni para expiar sus pecados, sino para que la confianza en el derecho se mantenga vigente, así todos sabrán que las normas están para ser respetadas¹⁶.

Las críticas a esta teoría se basan primeramente en los límites a la pena. Si tiene por objeto resguardar la vigencia de la norma, esta pena puede ser altísima para delitos que representan un menor injusto, pero que suceden habitualmente en la vida diaria.

Esta crítica se neutraliza aduciendo que para limitar la pena material existen los principios de proporcionalidad y culpabilidad.

13 BUSTOS RAMÍREZ, Juan; HORMAZÁBAL MALAREÉ, Hernán: Ob. cit., p. 49.

14 HEGEL, Guillermo Federico: *Filosofía del derecho*. Editorial Claridad, Buenos Aires, 1968, p. 106.

15 Dicho con un ejemplo: cuando en un barrio con mala fama son altas las probabilidades de ser asaltado, lesionado, quizá incluso muerto, se evitará en lo posible transitar por él, aunque en caso de ocurrir alguno de esos hechos éstos sean imputados al autor, confirmando a la víctima de ese modo que tenía derecho a partir de una expectativa normativa. Cfr. JAKOBS Günther: Ob. cit., p. 53.

16 JAKOBS, Günther: *Sobre la Teoría de la pena*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, p. 33: *La pena es un proceso de comunicación, y por ello su concepto ha de estar orientado en atención a la comunicación y no debe ser fijado con base en los reflejos o las repercusiones psíquicas de la comunicación. La confianza en la norma o la actitud conforme a derecho de los ciudadanos tan sólo son derivados de la realidad de la sociedad, que es lo único decisivo.*

Incluso, si una violación a una norma es reiterativa y sistemática, aumentar las penas es sólo natural, ya que es una comunicación de que esa conducta no es permitida y no se permitirá, ahora bien, para la validez de la comunicación la pena debe ser eficaz, lo cual es discutible que lo sea.

3.3. *Prevención especial*

Esta teoría cuyo principal defensor es Von Liszt, establece que el fin de la pena es la resocialización o bien reinserción social.

Prevención especial significa intervención específica en la persona del delincuente. Para ello es necesario distinguir entre los diferentes tipos criminales para someterlos a las medidas que sean adecuadas y necesarias para, si es posible corregirlos, enmendarlos o rehabilitarlos; y si no lo es, para inocuizarlos¹⁷.

Esta idea se basa en que el delincuente es un sujeto deficiente y que debe ser tratado, resocializado. Esta teoría tiene la ventaja de dar (aparentemente) un fin humano a la pena, un fin incluso social. Ahora bien, como se estableció, esta teoría distingue entre delincuentes. Hay algunos que pueden ser rehabilitados y otros que no pueden ser rehabilitados.

El problema surge con aquellos que no pueden ser rehabilitados, sea porque no quieren, sea por que están insertos en la sociedad (como Federico), sea porque su condena es tan alta que no saldrá del recinto carcelario en vida.

Es aquí donde comienzan los problemas de esta idea ya que no ofrece una respuesta satisfactoria. ¿Se puede resocializar a alguien que ya está inserto en la sociedad? La respuesta correcta sería no, no se puede.

Además se presenta el problema que la educación es impuesta, no tolerando la libertad del sujeto que pueda optar, sino que obligándolo a ser reeducado.

Esto no parece ser tan severo; el *quid* radica en que el Estado puede manipular a los sujetos a su arbitrio¹⁸.

Tal vez la crítica más relevante tiene relación con la pena material, esto es, cuánto tiempo el sujeto estará internado. Imaginemos dos delitos iguales, mismas circunstancias, pero en un caso el sujeto 1 quiere rehabilitarse y el sujeto 2 no. El primer sujeto saldría de prisión y el sujeto 2 no saldría, mismas circunstancias, sólo que uno se arrepiente, o bien expía sus pecados.

17 Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, Juan; HORMAZÁBAL MALAREÉ, Hernán: Ob. cit., p. 51.

18 No obstante, los aspectos negativos no son pocos. Crítica común a la prevención general y especial es la objeción ya analizada de la instrumentalización del hombre para los fines del Estado. El hombre es cosificado y no se respeta su derecho fundamental a la dignidad como persona. Pero en la prevención especial este aspecto se acentúa aún más. En cuanto se dirige a un hombre real las posibilidades de manipulación son aún mayores. Es acción directa sobre el individuo, sobre su psique para imponer una escala de valores y prescindir de la minoría o de la disidencia. Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, Juan; HORMAZÁBAL MALAREÉ, Hernán: Ob. cit., p. 51.

3.4. Teorías mixtas o de la Unión

Estas teorías consideran que no hay un solo fin de la pena, sino que la pena tiene distintos fines, así:

En las formulaciones más recientes de la teoría de la unión, la retribución, la prevención especial y la prevención general se tratan más bien como fines de la pena de igual rango. Se parte de que ninguna de las teorías penales está ordenada o prohibida por la ley, de forma que en cierto modo, según las necesidades puede colocarse en primer plano tanto uno como otro fin de la pena¹⁹.

Estas teorías combinan parte de las absolutas y relativas, aunque tienen una preponderancia las teorías relativas.

Si bien existen varias teorías unitarias, todas ellas tienen la particularidad de unir alguna de las anteriormente descritas.

4. Normas aplicables y fin de la pena en el sistema penitenciario

El lector podrá encontrar fácilmente la respuesta a la interrogante: ¿por qué se castiga y para qué? En el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios se establece en el Artículo 1:

La actividad penitenciaria se regirá por las normas establecidas en el presente Reglamento y tendrá como fin primordial tanto la atención, custodia y asistencia de detenidos, sujetos a prisión preventiva y condenados, como la acción educativa necesaria para la reinserción social de los sentenciados a penas privativas de libertad o sustitutivas de ellas.

Varios otros artículos del Reglamento en comento establecen el mismo fin, así también el Artículo 1 de la Ley Orgánica de Gendarmería establece que la finalidad es la educación y la reinserción social²⁰. De igual modo, lo encontramos en el Pacto de San José de Costa Rica en su Artículo 5 n° 6²¹.

Todas estas normas establecen sin duda alguna que el fin de la pena es la prevención especial ya mencionada.

El dilema se presenta en los casos en que la reinserción social no puede constituir el fin de la pena en los establecimientos penitenciarios. Así, si consideramos que la prevención especial contiene tres opciones, a saber: ciertos reos pueden ser

19 ROXIN, Claus: Ob. cit., p. 94.

20 Decreto Ley n° 2859 del Ministerio de Justicia, que establece la Ley Orgánica de Gendarmería (D.O. septiembre de 1979): Artículo 1: *Gendarmería de Chile es un Servicio Público dependiente del Ministerio de Justicia, que tiene por finalidad atender, vigilar y contribuir a la reinserción social de las personas que por resolución de autoridades competentes, fueren detenidas o privadas de libertad y cumplir las demás funciones que le señale la ley.*

21 Artículo 5: *Derecho a la Integridad Personal: n° 6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.*

rehabilitados; ciertos reos no son remediabiles, por ende, deben ser inocuizados; o ciertos reos deben ser dejados en libertad.

Por esta razón, a mi juicio, es imposible considerar la prevención especial como la idea dominante en nuestra legislación, aun a pesar que exista norma expresa, ya que ésta no es funcional ni real.

Si tomamos el caso inicial de Federico, podemos apreciar que éste es un sujeto inserto en la sociedad. Podríamos decir que un hombre que durante 60 años no ha delinquido y tiene arraigo en la sociedad es un ciudadano funcional al derecho, inserto en el contexto de su época y que no presenta un peligro.

Si se aplicaran las normas penitenciarias respecto al fin de la pena nos encontramos con una dificultad, ¿cómo es posible rehabilitar a alguien que no requiere rehabilitación? Se aprecia a primera vista que la alternativa a) (rehabilitarlo) no tiene sentido, por ende, se debe neutralizar el peligro (inocuirlo).

Según el diccionario el significado de inocuo es que no haga daño, por lo tanto este sujeto tiene dos opciones:

- i. Se le mata, ya que no puede ser rehabilitado.
- ii. Se le deja en prisión hasta su último día.

El lector podrá comprender que estas dos opciones son extremas y no armónicas con un derecho penal moderno. En este sentido, compartimos con Roxin:

Todas éstas constituirían intervenciones que se saldrían ampliamente de la medida permitida según la teoría de la retribución; limitarían la libertad del individuo más radicalmente de lo que pueda ser deseable y permitido en un Estado liberal de Derecho²².

Por lo tanto, queda tan sólo una alternativa si somos consecuentes con los fines establecidos en el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios; la Ley Orgánica de Gendarmería y el Pacto de San José, es decir, dejar a esos ofensores libres de toda pena.

Esta alternativa generaría un problema jurídico penal de envergadura: no sólo Federico -que a sabiendas infringió una norma- quedaría libre, sino varios de los autores de cuasidelitos quedarían impunes, ya que alguien que por negligencia ha cometido un delito no requiere de una reinserción social, a menos que fundemos una educación especial para que la gente preste atención o sea más cuidadoso.

Si el lector aún no está convencido de la irracionalidad de establecer como fin de la pena la reinserción, podemos decir que ésta entra en controversia con la dignidad humana establecida en el Artículo 5, n° 2 del Pacto de San José al establecer que *toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano*. Así entonces, que el Estado deba reeducar a una persona

22 ROXIN, Claus: Ob. cit., p. 88.

a su arbitrio e incluso contra su voluntad, ataca la libertad y dignidad inherente del ser humano, pues se le obliga a realizar algo ajeno a su sanción.

Además, la idea de que la cárcel pueda ser útil para rehabilitar es un mito ya ampliamente superado²³, basta ver los gráficos de reincidencia para darse cuenta de aquello²⁴.

Visto lo anterior, se puede establecer que un recluso sea objeto de reeducación, pero esto no puede ser considerado como el fin de la pena ni del régimen penitenciario. Esto nos deja un vacío sobre el verdadero significado de la pena en el sistema penitenciario.

Por ello examinaremos si alguna de las teorías anteriormente descritas puede ser el fin de la pena:

1. **Retribución:** Efectivamente toda pena es un mal, y ese mal se destina a un sujeto. Como se señaló no habría mayor inconveniente en aplicar esta teoría, el único problema radica en que obvia el hecho que la pena no sólo afecta al ofensor sino que tiene una relación aunque sea teórica con el resto de la sociedad, por lo tanto el castigar porque se peca sin atender a otro fin no es correcto. Además si se cree en la protección de los bienes jurídicos la crítica de Roxin es determinante. Para aquellos que consideran que el derecho no protege bienes jurídicos no habría problema de adoptar esta teoría.
2. **Expiación:** La expiación no puede aplicarse por los mismos fundamentos que no puede aplicarse la prevención especial, de hecho ambas parecen ser exactamente lo mismo con la diferencia que una tiene por objeto el delincuente y la otra el fin social.
3. **Prevención intimidatoria:** No puede comprobarse que esta teoría tenga un asidero científico, ya que la coacción no ha sido comprobada en medio alguno.
4. **Prevención general positiva:** Esta teoría se acerca en demasía a constituir la razón de la pena, el problema radica en que ésta no puede ser científicamente comprobada, por tanto como finalidad no puede ser que permee el ordenamiento penal o penitenciario, puede ser una consecuencia el resguardar la norma, y se considera que el fin del derecho penal es proteger la vigencia de la norma.
5. **La prevención especial no puede constituir la razón de la pena por las razones aducidas anteriormente.**
6. **Las teorías unitarias no pueden fundamentar la pena, debido a que la retribución y la prevención son incapaces de unirse, porque la idea de**

23 Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, Juan; HORMAZÁBAL MALAREÉ, Hernán: Ob. cit., p. 52.

24 La Fundación Paz Ciudadana junto con la Universidad Adolfo Ibáñez, en el período 2007-2010 realizaron estudios sobre la reincidencia en la población penal, llegando a un resultado de 50.5% de reincidencia en el sistema cerrado. Disponible en «http://www.pazciudadana.cl/docs/pub_20110930115203.pdf» [última visita: 20 de octubre 2011].

prevención y retribución son incompatibles²⁵, ahora bien, la doctrina que acepta las distintas teorías de prevención y las une, adolece del problema de acumula los errores de las teorías que une, por lo tanto, genera una variedad de dificultades que no son salvables.

Se puede apreciar que tenemos un problema mayor, pareciera que ninguna de las teorías puede ser considerada como fin de la pena: ¿esto significa que no hay un fin de la pena único? La respuesta es negativa o positiva dependiendo si se considera a los bienes jurídicos como fundamento de la protección penal.

Como toma de posición, se podría señalar que el fin de la pena es la retribución, por las siguientes razones:

- La retribución cumple con todos los principios del derecho penal.
- Es una pena justa, se aplica a un ciudadano determinado por la acción que ha realizado.
- No afecta la dignidad del sujeto ya que no lo instrumentaliza, al contrario, lo trata como a un sujeto responsable y libre.
- Es comprobable empíricamente, basta ser condenado para ser sujeto a una pena.
- No es claro que el derecho penal tenga por objeto la protección de bienes jurídicos, en vista de que también se puede afirmar que protege personas.
- Si se acepta que la retribución es el fin de la pena, nada obsta consecuentemente que se busque la reinserción del individuo, o bien subsidiariamente que la vigencia de la norma se mantenga (aunque sea de forma teórica).

5. Conclusiones

- i. La pena es un mal dirigido a un sujeto por la infracción de una norma.
- ii. Si bien la legislación establece que la reinserción social es la teoría que infunde la pena, ésta no puede ser considerada como tal, debido a que: contraría la protección de la dignidad humana; y porque no puede resolver qué hacer con los criminales pasionales de ciertos cuasidelitos o incluso los delincuentes irremediables; además no respeta el principio de proporcionalidad; y no tiene fundamento empírico.

25 Dicho a través de un ejemplo: si se reforma a un asesino para convertirlo en una persona pacífica -si es que ello es posible-, el trato con él -dicho de modo coloquial- no puede interpretarse de un solo trazo también como retribución de culpabilidad; pues la culpabilidad se retribuye a un responsable, mientras que se reforma al objeto de necesidades preventivas. Por lo tanto, la unión paraliza o bien el derecho a la reforma o bien el sentido del acto en cuanto retribución de culpabilidad. Cfr. JAKOBS, Günther: *Sobre la Teoría de la pena*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, p. 13. En este sentido, ROXIN, Claus: Ob. cit., p. 94: *Esta teoría hay que rechazarla desde el punto de partida aquí defendido, ya por el hecho de que, como mera modificación de la teoría de la retribución, le son aplicables todas las objeciones formuladas contra ésta (nm. 8-10) y de ahí que actualmente resulte tan difícilmente defendible como ésta.*

- iii. Se establece que la retribución es la única teoría que puede fundamentar la pena y que es aceptada por el ordenamiento jurídico al no prohibirla. Además cumple con todos los principios penales.

MODELOS DE GESTIÓN PENITENCIARIA: UNA APROXIMACIÓN TEÓRICA DESDE EL SISTEMA DE EJECUCIÓN PENAL CHILENO

*Alejandro Arévalo Sarce*²⁶

1. Introducción

Los eventos de alta connotación pública sin duda influyen al diseño de las políticas públicas, lo que no resulta particularmente sorprendente. Sin embargo, la frecuencia con que tales eventos ocurren la mayoría de las veces condiciona el área específica que abarca, lo que para el conflicto penal se traduce en la influencia respecto de la política criminal. Este efecto catalizador es una diferencia respecto a otros bienes o servicios que son objeto de la agenda pública. Muchos investigadores han comentado esta relación dialéctica entre eventos de alta connotación pública y la política criminal. En el caso de Chile, las iniciativas legales para el uso racional de la cárcel propuestas por el Ejecutivo como ejes de la reforma penitenciaria, a más de un año del trágico incendio de la cárcel de San Miguel, develan en el ámbito académico un déficit en torno al análisis del eventual impacto que tendrán estas iniciativas en el Sistema Penitenciario chileno, principalmente en torno a la gestión penitenciaria. El propósito de este trabajo entonces se centra en describir las características que prevalecen en los modelos de gestión, de acuerdo a las corrientes de pensamiento de la Administración Penitenciaria y desde allí establecer en qué medida la Administración proporciona los elementos necesarios para la coexistencia adecuada entre los fines propuestos a las Instituciones propias de la ejecución penal y las posibilidades de reinserción de la población penal.

Los Sistemas Penitenciarios siempre han sido objeto de estudio del derecho penal y más recientemente dentro del marco metodológico de la criminología, esta última se ha preocupado de teorizar sobre el efecto de las condiciones carcelarias en el comportamiento de las personas dentro de la cárcel y los efectos que pudieren provocar después de su egreso. Sin embargo, existe una escasa literatura que vincule a la gestión penitenciaria desde la perspectiva del impacto que representa para una persona convivir en una estructura organizacional total que materializa el imperio penal afectando todos los ámbitos de la vida. El propósito principal de

26 Administrador Público de la Universidad de Chile. Magíster en Seguridad y Defensa, Academia Nacional de Estudios Políticos y Estratégicos, ANEPE, graduado en “*Strategy and Defense Policy*”, *Center for Hemispheric Defense Studies, National Defense University*, Washington DC. Ha sido académico en Modelos de Gestión Penitenciaria del Diplomado “Sistema Penitenciario y Derechos Humanos” del Centro de Estudios en Seguridad Ciudadana, Instituto de Asuntos Públicos, Universidad de Chile, actualmente trabaja en la Subdirección Técnica de Gendarmería, desarrollando proyectos relacionados con la gestión del conocimiento institucional.

los establecimientos penitenciarios²⁷ es mantener la atención, custodia y control de los internos con el fin de evitar las fugas, además de garantizar tanto la seguridad del personal penitenciario como de los internos, por tanto el control dentro del sistema penitenciario tiene prioridad por sobre la reinserción y tratamiento²⁸.

El problema de la prisión fue el centro de atención de los principales teóricos de la política de los siglos XVIII y XIX. El papel del castigo y el encarcelamiento sirvió para mantener el orden social, la legitimación del Estado y la redención del alma²⁹. En esta etapa previa de nuestro análisis podemos identificar una yuxtaposición entre el derecho penal y el diseño arquitectónico de las instituciones penitenciarias, idea que surgió en Inglaterra durante el siglo XVIII³⁰. Con la incorporación del concepto de ‘centros penitenciarios’ en el 1800 se hizo hincapié en el aislamiento como elemento principal de la pena (generalmente asociado con el Sistema de Pennsylvania), basado principalmente en la contemplación silenciosa que conduce a la penitencia. Esto fue seguido poco después por la introducción del Sistema de Auburn, en el cual los reclusos permanecen en celdas individuales durante la noche y durante el día participan en talleres con otros internos³¹.

En cuanto al papel de la cárcel en la sociedad en los últimos 40 años, ha quedado fuertemente consignada por la influencia del filósofo e historiador Michel Foucault a través de su libro *Vigilar y Castigar*. En un momento en que las ciencias sociales tenían poco que decir sobre la naturaleza de la privación de libertad como una práctica histórica concreta (más que un problema de tipo organizacional), Foucault ayudó a definir la prisión como un problema contemporáneo, el cual ha sido objeto de preocupación principalmente por el aumento de la población penal³², y esto es avalado por los datos recientes; según el *World Prison Population List (ninth edition)* la población penal recluida en el mundo alcanza la cifra de 10,1 millones de personas, si lo comparamos con el primer informe elaborado por el *International Centre for Prison Studies* en el año 1999, el incremento es de 26,3%³³.

27 Por Establecimientos Penitenciarios entendemos la definición del inciso primero del Artículo 11 del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, que señala: *Se denominan genéricamente establecimientos penitenciarios, los recintos donde deban permanecer custodiadas las personas privadas de libertad en razón de detención y mientras están puestas a disposición del Tribunal pertinente; las personas sometidas a prisión preventiva y las personas condenadas al cumplimiento de penas privativas de libertad.*

28 Cfr. CRAIG, S. C.: «Rehabilitation versus control: An organizational theory of prison management». En *The Prison Journal*, Vol. 84, 2004, pp. 92-114.

29 Cfr. GOTTSCHALK, M.: *The Prison and the Gallows The Politics of Mass Incarceration in America*. Cambridge University Press, Cambridge, 2006.

30 Cfr. TERRILL, R. J.: *World criminal justice systems: a survey*. Matthew Bender & Company, New Providence, 2009.

31 Cfr. RIVELAND, C.: «Prison Management Trends, 1975-2025». En *Crime and Justice*, T. U. Press, Ed., 1999, pp. 163-203.

32 Cfr. SIMON, J.: «Beyond the Panopticon: Mass Imprisonment and the Humanities». En *Law, Culture and the Humanities*, Vol 6, 2010, pp. 327-340.

33 ICPS: *World Prison Population List (ninth edition)*. Disponible en <http://www.prisonstudies.org/images/news_events/wpp19.pdf> [última visita: 12 de octubre 2011].

2. Modelos³⁴ de Gestión Penitenciaria

La teoría organizacional nos señala que las variables que más influyen en una organización son aquellas relacionales y dinámicas, y no las estáticas definidas como variables estructurales. Por tanto, si las variables relacionales y dinámicas apuntan a generar un impacto positivo en el sujeto de orden utilitario preventivo, la pregunta es si la Administración Penitenciaria, a través de los medios a su alcance, crea un ambiente dentro de la cárcel capaz de ejercer una influencia en la conducta del interno independiente de las características individuales o colectivas que presentan, escindiéndola al mismo tiempo de los funcionarios que viven y trabajan en un establecimiento penitenciario.

Hoy la gestión penitenciaria ha cambiado dramáticamente y exige que los Jefes de Establecimientos Penitenciarios deban diseñar complejos sistemas de seguridad, debido a los altos niveles de hacinamiento y en un contexto de mayor escrutinio público, político y normativo. Como señala Riveland³⁵, en cuanto a las tendencias en Administración Penitenciaria, los retos más importantes para el próximo cuarto de siglo son probablemente tan imprevisibles como lo fueron los más importantes en el último cuarto de siglo.

Existen numerosas investigaciones que han argumentado que el ambiente carcelario ejerce una influencia en la mala conducta de la población penal, especialmente en la violencia interpersonal, por sobre la influencia de las características propias de los internos. Según Scott Camp³⁶, existen seis factores de la organización de la cárcel que tienen un impacto en su gestión. El primer factor y el más estudiado señala que las cárceles son ‘instituciones totales’³⁷, el segundo es que las cárceles están organizadas en torno a la administración de la pena. El tercer factor es que mantienen una organización interna que comprenden actividades de rutina diaria, como alimentación, encierro y desencierro, que organizan su tiempo y espacio y cuyos patrones pueden variar enormemente y pueden generar diferentes ambientes interpersonales. Un cuarto factor es que la rutina diaria de la vida carcelaria de los internos y los funcionarios es fundamental para comprender la vida en prisión. Como quinto factor es la existencia de una compleja interrelación entre los internos y funcionarios. Finalmente el sexto factor se manifiesta en que la cárcel es una organización relativamente autónoma y separada de muchas influencias externas, el modelo de gestión de un establecimiento penitenciario en particular puede tener

34 Entenderemos por Modelo el concepto utilizado por Rómulo Gallego, como una estructura conceptual que sugiere un marco de ideas para un conjunto de descripciones que de otra manera no podrían ser sistematizadas. Cfr. GALLEGO, R.: «Un concepto epistemológico de modelo para la didáctica de las ciencias experimentales». En *Revista Electrónica de Enseñanza de las Ciencias*, 2004. Disponible en <http://reec.uvigo.es/volumenes/volumen3/Numero3/ART4_VOL3_N3.pdf> [última visita: 28 de octubre 2011].

35 Cfr. RIVELAND, C.: Ob. cit.

36 Cfr. CAMP, S.; GAES, G.; LANGAN, N. *et al.*: «The influence of prisons on inmate misconduct: A multilevel investigation». En *Justice Quarterly*, *JQ*, Vol. 20, 2003, pp. 501-533.

37 Cfr. GOFFMAN, E.: *Internados: ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales*. Amorrortu, Buenos Aires, 1970.

un efecto dramático en su cultura organizacional. En este contexto, algunos Jefes de Establecimientos Penitenciarios ponen un mayor énfasis en un entorno restrictivo, mientras que otros priorizan un ambiente más relajado y democrático, sin embargo, no podemos dejar de señalar que esta clasificación deja de lado, los criterios de las condiciones de seguridad establecidos por las autoridades del Nivel Central³⁸.

Dentro de las corrientes de pensamiento vinculadas a la Administración Penitenciaria, uno de los libros que ha tenido una mayor influencia en las últimas décadas es *Governing Prisons: A Comparative Study of Correctional Management* del profesor John J. Dilulio Jr.³⁹, el cual propone una tipología de los enfoques de gestión de las prisiones, para abordar el papel de la Administración Penitenciaria centrada en la unidad organizacional básica de los sistemas penitenciarios: la cárcel. La Tipología del profesor Dilulio define cómo los Jefes de Establecimientos Penitenciarios⁴⁰ utilizan el uso de su autoridad para controlar a los reclusos, así como la forma en que fomentan la cooperación entre el personal penitenciario y los internos con el fin de mantener la seguridad, control y el orden dentro de un Establecimiento. Dilulio⁴¹ comparó los sistemas penitenciarios de los Estados de Texas, California, y Michigan, con el fin de determinar qué prácticas de gestión permiten prevenir una crisis al interior de las cárceles y mantener a los internos bajo control. De acuerdo al énfasis de ciertas variables que manifiestan una preeminencia por sobre otras, Dilulio caracterizó tres modelos de gestión penitenciaria, el primero lo denominó de control, que asoció a los recintos penitenciarios del Estado de Texas, el segundo modelo presente en los recintos del Estado de California los denominó consensual y finalmente al enfoque utilizado en recintos del Estado Michigan los denominó modelo de responsabilidad. A continuación se analizarán las características más significativas de esta tipología.

2.1 Modelo de Control

Los supuestos del modelo de control se asocian al estilo de dirección denominado por Douglas McGregor⁴² como la Teoría X, cuya administración se basa en un estilo autoritario, donde se señala a cada uno lo que debe hacer y cómo hacerlo. En lenguaje de Goffman⁴³ como una institución total. En este caso al interior de los establecimientos penitenciarios no sólo los internos, sino también los operadores del sistema, se consideran poco fiables y requieren de una estrecha supervisión. Por lo tanto, el personal del establecimiento, aunque se consideran más dignos de

38 En el caso de Gendarmería de Chile, la clasificación de los Establecimientos Penitenciarios del Sistema Cerrado están regulados a través de la Res. Ex. n°6415 del 28 de diciembre de 2010 del Director Nacional.

39 John J. Dilulio, Jr., es profesor de Ciencias Políticas, Religión y Sociedad Civil de la Universidad de Pensilvania. Más información en <http://www.polisci.upenn.edu/index.php?option=com_content&task=view&id=14&Itemid=73> [última visita: 28 de octubre 2011].

40 Se utilizará este concepto acorde con la terminología normativa utilizada en Chile.

41 Cfr. DILULIO, J.: *Governing prisons: a comparative study of correctional management*. Free Press, 1987.

42 Cfr. McGregor, D.: *The Human Side Of Enterprise*. McGraw-Hill, Nueva York, 2006.

43 Cfr. GOFFMAN, E.: Ob. cit.

confianza que los internos, son objeto de sospecha y están sujetos a ciertos controles, que se manifiestan en la observancia irrestricta de una cadena de mando⁴⁴.

Según Craig⁴⁵, en los establecimientos penitenciarios donde prevalece el Modelo de Control, está el supuesto que las personas que han sido encarcelados es porque han demostrado ser poco fiables en la sociedad. Otro supuesto en que la organización tradicional de la cárcel se adhiere a la filosofía de gestión de la Teoría X, es por la presencia de numerosos procedimientos que perduran en el tiempo sin una justificación lógica. Un tercer supuesto asociado a la Teoría X de las organizaciones es una cadena de mando junto con la especificidad de tareas, lo que conduce a la rigidez en las distinciones funcionales. Por lo tanto, en un establecimiento penitenciario las tareas de custodia y de tratamiento se llevan a cabo por diferentes operadores, que a menudo informan a distintas cadenas de mando. Aunque los funcionarios uniformados pueden pasar más tiempo con los internos que nadie en la organización, y pueden llegar a conocer mejor que a sus superiores, la evaluación o asesoramiento de los internos no suele ser parte de la descripción de sus funciones. El cuarto supuesto de la Teoría X es que tienden a asumir que la organización formal es el conjunto de la organización, y por lo tanto deja de lado la inevitable existencia de relaciones informales, que afectan sustancialmente la cultura y el desempeño de una organización⁴⁶.

2.2. Modelo de Responsabilidad

En contraste con el modelo de control, en el modelo de responsabilidad los administradores propician que el orden puede ser mantenido mediante una limitación de los controles institucionales, pero permitiendo que los internos contribuyan a mantener la seguridad de un establecimiento⁴⁷. El modelo de control y el modelo de responsabilidad representan estrategias de gestión contradictorias entre sí, de modo que la mayoría de los administradores de las prisiones se vinculan a un único conjunto de procedimientos y políticas⁴⁸. Según McGregor⁴⁹ la clásica Teoría X originó el desarrollo de un sistema de gestión más participativo que denominó Teoría Y. Según esta teoría, los subordinados están dispuestos a trabajar, aceptando la responsabilidad de sus funciones, son capaces de generar una autodirección y autocontrol, fomentando la creatividad.

44 Cfr. DILULIO, J.: *Governing prisons...* Ob. cit.

45 Cfr. CRAIG, S. C.: «Rehabilitation versus control ...» Ob. cit.

46 Cfr. CRAIG, S. C.: «Rehabilitation versus control ...» Ob. cit.

47 *Ibidem*.

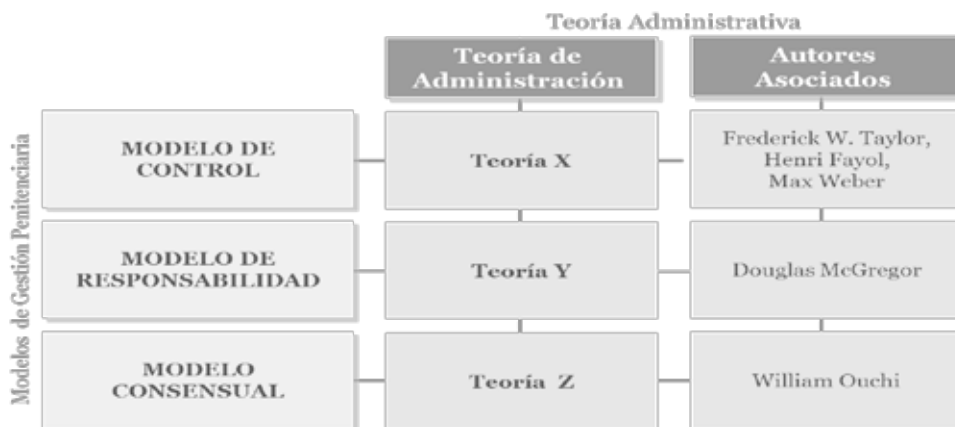
48 Cfr. DILULIO, J.: *Governing prisons...* Ob. cit.

49 Cfr. McGregor, D.: Ob. cit.

2.3. Modelo Consensual

El tercer modelo de la tipología de Dilulio es el denominado consensual, el cual combina las características del modelo de control y del modelo de responsabilidad⁵⁰. Este modelo se asocia a la denominada Teoría Z, la cual surgió en la década de 1970 a partir de la crisis energética del petróleo. En la industria estadounidense bajaron los niveles de productividad, mientras que en las empresas japonesas aumentaban. William Ouchi se preocupó por conocer las causas del fenómeno japonés dando lugar a la denominada Teoría Z. En las organizaciones donde se aplica la Teoría Z, la toma de decisiones suele ser un proceso participativo de consenso, que agrupa a un compromiso cultural básico de valores individuales por uno colectivo⁵¹. Por otra parte, el igualitarismo es central para las organizaciones de tipo Z, porque las personas pueden utilizar su propio criterio y trabajar de forma autónoma sin necesidad de supervisión⁵².

Figura N° 1: Matriz de los Modelos de Gestión Penitenciaria de John Dilulio asociados a las Teorías de la Administración⁵³.



Los tres modelos de gestión penitenciaria planteados por Dilulio manifiestan algunas variaciones en los siguientes factores: comunicación, las relaciones interpersonales, la relación internos-funcionarios, libertad personal, reglamentación,

50 Cfr. DILULIO, J.: *Governing prisons...* Ob. cit.

51 Cfr. OUCHI, W.; PRICE, R.: «Hierarchies, Clans, and Theory Z: A New Perspective on Organizational Development». En *Organizational Dynamics*, Vol. 21, 1993, pp. 62-70.

52 Cfr. CRAIG, S. C.: «Rehabilitation versus control ...» Ob. cit.

53 Elaboración propia a partir de CRAIG, S.: *Strange bedfellows: Organizational obstacles to prison-non-profit partnerships in the provision of inmate treatment programs*. The Pennsylvania State University. ProQuest Dissertations and Theses, 2002. Disponible en «<http://ezproxy6.ndu.edu/login?url=http://search.proquest.com/docview/305535154?accountid=12686>» [última visita: 21 de junio 2010].

sanciones, eventos críticos y en la toma de decisiones⁵⁴. A continuación se presenta una tabla con las características principales que manifiestan los modelos de gestión penitenciaria de acuerdo a los factores definido por Dilulio.

Tabla N° 1: Principales factores de los Modelos de Control, Responsabilidad y Consensual⁵⁵.

| Factores | Modelos | | |
|----------------------------------|--|--|--|
| | Control | Responsabilidad | Consensual |
| Comunicación | Limitada a los funcionarios a través de la cadena de mando | Informal, cruces de los niveles de autoridad | Combinación modelo de control y responsabilidad |
| Relaciones interpersonales | Formal / Relación Profesional | Mantener una relación de tipo social | Combinación modelo de control y responsabilidad |
| Relaciones Internos-Funcionarios | Formal / Relación Profesional | Menos formal | Formal |
| Libertad Personal | Un mínimo o ningún grado de libertad | Facultad discrecional de utilizar el juicio para realizar el trabajo | Facultad discrecional de utilizar el juicio realizar el trabajo, menos restricciones |
| Reglamentación | Régimen de rutina estricta | Mayor libertad en el cumplimiento de las normas | Procedimientos estrictos para de control interno |
| Sanciones | Castigo rápido; mantener el estatus quo | Ninguna acción formal | Con firmeza para hacer frente a un comportamiento perturbador |
| Eventos críticos | Instancia especializada | Negociar las sanciones con los reclusos | Con firmeza para hacer frente a un comportamiento perturbador |
| Toma de Decisiones | No hay participación de los internos | Participación de los internos en algunas decisiones | Combinación modelo de control y responsabilidad |

3. Variables estructurales y Gestión Penitenciaria

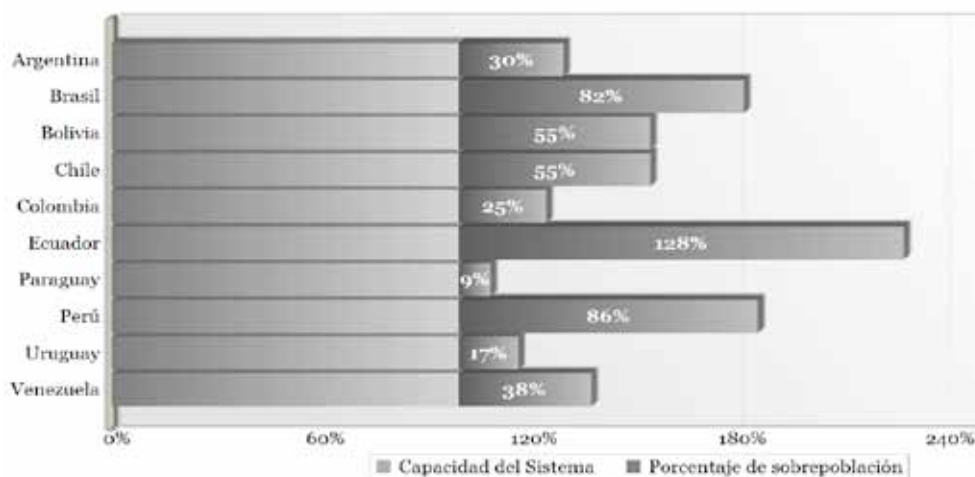
Una de las variables estructurales que impacta considerablemente la eficacia de la gestión penitenciaria es la sobrepoblación carcelaria, que ha sido la justificación

54 Cfr. DILULIO, J.: *Governing prisons...* Ob. cit.

55 Cfr. SALINAS, G.: *A Preliminary Analysis: Prison Models and Prison Management Models and the Texas Prison System*. Applied Research Projects, Ed., 2009. Disponible en «<http://ecommons.txstate.edu/arp/302>» [última visita: 24 de septiembre 2011].

para la intervención de los actores estatales en el funcionamiento de la cárcel y lo que probablemente generó el interés académico en este tema⁵⁶. La sobrepoblación carcelaria además pone en riesgo el derecho que le asiste a una persona condenada de rehabilitarse y luego reinsertarse en la sociedad⁵⁷. Si analizamos las cifras en la región respecto al incremento de la población penal, según Dammert⁵⁸ se destacan Argentina y Chile con incrementos sustantivos de su población penal. En el caso Argentino, el aumento fue de 77% entre 1996 y 2006; en el caso de nuestro país fue de 74% en la década 1997-2007. Los países con una menor población reclusa son Uruguay y Paraguay, los cuales en los últimos tres años no han experimentado grandes alzas, manteniéndose alrededor de los 6.000 internos en Uruguay y 7.000 en Paraguay. Como se presenta en el Gráfico N°1, todos los países han experimentado una fuerte presión sobre su sistema carcelario, por lo cual todos tienen sobrepoblación, siendo la de Ecuador la más alta con 128%, le sigue Perú con 86% y Brasil con 82%.

Gráfico N° 1: Porcentaje de Sobrepoblación Carcelaria en Sudamérica⁵⁹.



En el caso de Chile, como lo señala la Tabla N°2, la situación carcelaria ya presentaba graves deficiencias cuando acontece el terremoto en febrero de 2010, destruyendo el 40% de la superficie construida en el Maule (VII Región) y el 20% de las plazas en el Biobío (VIII Región), totalizando 2.066 plazas menos disponibles. Sin embargo, se ha disminuido el nivel de sobrepoblación, de un 67%

56 CAMP, S.; GAES, G.; LANGAN, N. *et al.*: Ob. cit.

57 Cfr. CASTRO, Á.; CILLERO, M.; MERA, J.: *Derechos Fundamentales de los Privados de Libertad: Guía práctica con los estándares internacionales en la materia*. Ediciones Universidad Diego Portales, 2010, Santiago.

58 Cfr. DAMMERT, L.; ZÚNIGA, L.: *La cárcel: problemas y desafíos para las Américas*. FLACSO, Santiago de Chile, 2008.

59 Elaboración propia a partir de DAMMERT, L.; ZÚNIGA, L.: Ob. cit.

de sobrepoblación en noviembre de 2010, alcanzando la cifra de un 56% en agosto de 2011. La capacidad según diseño de los penales del país se estima en 35 mil 675 internos y cuya población penal es de 55.788 personas al 31 de agosto de 2011.

Tabla Nº 2: Situación sobrepoblación penal en Chile período Noviembre 2010-Agosto 2011. Cabe precisar que se encuentra implícita dentro de las cifras globales de condenado en un gran número de establecimientos penitenciarios la Salida controlada al medio libre que se recluye en este tipo de establecimiento⁶⁰.

| Región | Noviembre-2010 | | | Agosto -2011 | | |
|-----------------------|------------------|-----------------|---------------------|------------------|-----------------|---------------------|
| | Capacidad Diseño | Población Penal | Sobre Población (%) | Capacidad Diseño | Población Penal | Sobre Población (%) |
| XV | 1.216 | 2.342 | 93% | 1.100 | 2.395 | 118% |
| I | 2.319 | 2.702 | 17% | 2.434 | 2.744 | 13% |
| II | 1.412 | 2.503 | 77% | 1.366 | 2.301 | 68% |
| III | 524 | 1.330 | 154% | 524 | 1.227 | 181% |
| IV | 2.022 | 2.320 | 15% | 2.353 | 2.352 | 0% |
| V | 2.831 | 6.099 | 115% | 2.675 | 6.062 | 127% |
| VI | 2.332 | 2.864 | 23% | 2.325 | 2.387 | 3% |
| VII | 1.367 | 2.748 | 101% | 1.544 | 2.935 | 90% |
| VIII | 2.080 | 4.612 | 122% | 2.805 | 4.642 | 65% |
| IX | 1.909 | 2.986 | 56% | 1.759 | 2.755 | 57% |
| XIV | 1.508 | 1.361 | -10% | 1.369 | 1.287 | -6% |
| X | 1.953 | 2.239 | 15% | 1.871 | 1.929 | 3% |
| XI | 398 | 265 | -33% | 276 | 197 | -29% |
| XII | 438 | 404 | -8% | 407 | 326 | -20% |
| RM | 12.760 | 23.928 | 88% | 12.867 | 22.249 | 73% |
| Total Nacional | 35.066 | 58.851 | 67% | 35.675 | 55.788 | 56% |

4. Rendición de cuentas y Gestión Penitenciaria

Otro de los aspectos relevantes de la gestión penitenciaria es el *accountability* o rendición de cuentas. En este sentido, siempre se ha manifestado que la dificultad para analizar las cárceles es la falta de información acerca de lo que ocurre efectivamente en su interior y esto sin duda genera en la ciudadanía desconfianza por cuanto sólo se entera de la realidad carcelaria cuando ocurren hechos de relevancia, como fugas, motines o huelgas, es decir, frente a situaciones límites que suelen conllevar violencia⁶¹. Aunque este fenómeno se da en todas aquellas instituciones cerradas (cárceles, centros de detención de menores, hospitales psiquiátricos) los que plantean problemas de rendición de cuentas en todos los países democráticos⁶².

60 Subdepartamento de Infraestructura de Gendarmería de Chile.

61 Cfr. DAMMERT, L.; ZÚÑIGA, L.: Ob. cit.

62 Cfr. QUIRK, H.; SEDDON, T.; SMITH, G.: *Regulation and Criminal Justice: Innovations in Policy and Research*. Cambridge University Press, Cambridge, 2010.

En términos conceptuales: la regulación, la rendición de cuentas y la inspección son a menudo utilizados casi en forma similar. En este sentido, es importante dilucidar el ámbito conceptual en el que se encuentra la inspección de las cárceles⁶³ como una instancia de revisión de los recintos penitenciarios, de las situaciones acaecidas en aquéllos y muy especialmente, de las condiciones de vida de los internos reclusos en los establecimientos penitenciarios. Los dos conceptos relacionados en el ámbito de la inspección son: la regulación normativa y la rendición de cuentas. La regulación en su concepción más amplia ha sido objeto de un permanente debate, algunos autores adoptan una definición estrecha o restrictiva, sobre todo viendo la regulación como aquellas normas establecidas y aplicadas por el Estado. Otros tienen una visión más amplia y ven la regulación simplemente como intentos por dirigir el flujo de los acontecimientos y el comportamiento⁶⁴.

Una definición más acotada a los fines de la gestión penitenciaria tiene que ver con lo que señala Quirk⁶⁵, que por regulación se entenderá el esfuerzo sostenido y concertado para alterar el comportamiento de otros, de acuerdo a los estándares definidos, con la intención de producir un resultado ampliamente identificado, lo que puede implicar los mecanismos de establecimiento de normas, la recopilación de información y la modificación del comportamiento. En Gran Bretaña por ejemplo, organizaciones como la *Prison Reform Trust*⁶⁶, realizan lo que podríamos llamar las funciones de regulación en el sentido amplio del término, usando una variedad de herramientas, desde el litigio en los Tribunales a las campañas de los medios de comunicación, para tratar de cambiar lo que sucede al interior de las prisiones. Este vínculo o conexión entre la sociedad civil y la gestión penitenciaria es ciertamente una de las principales fortalezas de inspección de las prisiones en Gran Bretaña, que durante los últimos veinticinco años ha sido la forma en que ha mejorado la responsabilidad pública en la materia. En gran medida, por supuesto, esto refleja el alto interés público en los asuntos penales, en los aspectos operacionales de lo que se hace a través de programas y acciones de reinserción y en relación al respeto de los derechos humanos de la población penal reclusa⁶⁷.

En el caso chileno, la Comisión Defensora Ciudadana, organismo que resguarda los derechos de las personas, elabora una Encuesta Nacional de Derechos. En su última versión⁶⁸ calificó a las cárceles como el servicio peor evaluado como se puede apreciar en el Gráfico N°2. Si bien la cárcel como servicio público, es el que manifiesta un menor uso, muestra la peor evaluación por parte de la ciudadanía.

63 En el caso chileno, las inspecciones de cárceles se dan en el contexto de las atribuciones normativas que posee la Fiscalía Judicial de la Corte Suprema.

64 Cfr. QUIRK, H.; SEDDON, T.; SMITH, G.: Ob. cit.

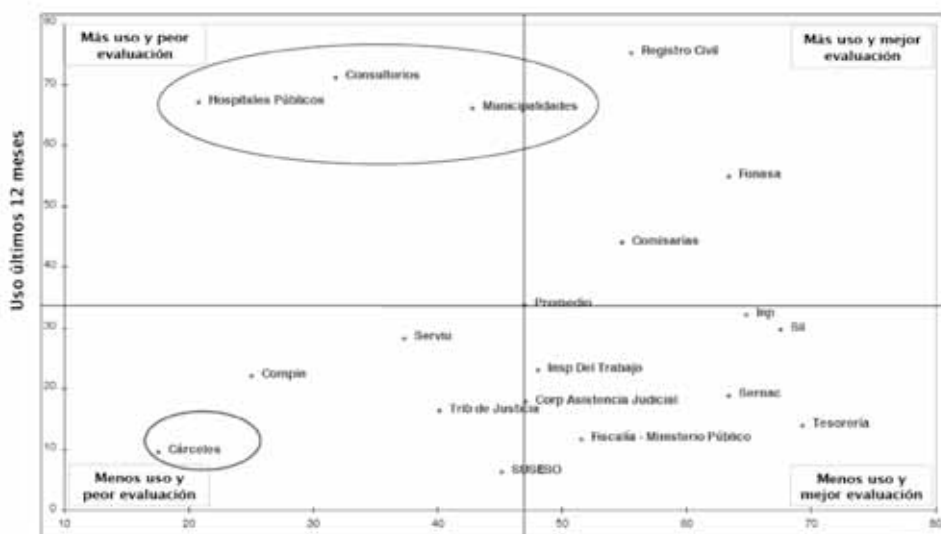
65 *Ibidem*.

66 Para más información visitar «<http://www.prisonreformtrust.org.uk/>» [última visita: 28 de octubre 2011].

67 Cfr. RAINE, J.: *Inspection and the Criminal Justice Agencies*. En DAVIS, H.; MARTIN, S.: *Public Services Inspection in the UK*. Jessica Kingsley Publishers, Londres, 2008, pp. 87-101.

68 COMISIÓN DEFENSORA CIUDADANA, CDC. Disponible en «http://www.cdc.gob.cl/2011/06/17/iii_encuesta_nacional/» [última visita: 20 de octubre 2011].

Gráfico Nº 2: Mapa de Uso vs Evaluación de Servicios Públicos.



La rendición de cuentas del sistema penitenciario es un tema pendiente en Chile, si bien existen instituciones preocupadas de la situación carcelaria, ésta se da principalmente en el ámbito académico o en aquellos centros de pensamiento que influyen en el diseño de las políticas públicas en Chile. No obstante, el Presidente Piñera señaló en su Mensaje Presidencial del 21 de mayo de 2011, la creación de una Subsecretaría de Derechos Humanos dependiente del Ministerio de Justicia, la cual debiera constituirse en garante a través de la generación y aplicación de una política pública coherente, de aquellos derechos humanos de la población penal que se encuentran establecidos en las normas internacionales y que a su vez, se establezcan los instrumentos de control que permitan condicionar la gestión penitenciaria, principalmente en su unidad de análisis básica que son los establecimientos penitenciarios.

5. Conclusiones

En un contexto ideal, las políticas públicas no deberían estar condicionadas por eventos que influyen en la agenda pública en el corto plazo, especialmente en el sistema de ejecución penal. Por tanto, con mayor frecuencia se hace necesario incorporar un marco conceptual para entender las particularidades de la gestión penitenciaria, bajo el supuesto que existen variables estructurales que dificultan el logro de sus objetivos, no obstante, estos déficits no deben ser un impedimento para una rendición de cuentas del sistema en su conjunto. Esto significa básicamente enfocarse en tres ámbitos⁶⁹: el primero, la capacidad de trabajar en la gestión

69 Cfr. DILULLO, J.: «Entrepreneurs in government: Leaders or laggards?». En *Corrections Management Quarterly*, Vol. 3, 1999, p. 7.

penitenciaria no sólo ‘de arriba hacia abajo’ de acuerdo al enfoque tradicional burocrático, sino incorporando elementos del Modelo de Responsabilidad y Consensual, la capacidad de establecer vínculos profesionales con otras organizaciones del sector público que pueden contribuir a la gestión y la capacidad de relacionarse con la sociedad civil, ya sean éstos del ámbito académico u organizaciones sin fines de lucro.

EJECUCIÓN PENAL JUVENIL Y EL INCENDIO DEL CENTRO "TIEMPO DE CRECER"

Gabriela Solís Valenzuela⁷⁰

*Hasta ayer, para la opinión pública, todos eran delincuentes, hoy día -con la muerte- son niños (...)*⁷¹.

1. Introducción

La implementación de la Ley n° 20.084 de Responsabilidad Penal Adolescente (publicada en el Diario Oficial el 7 de diciembre de 2005)⁷² ha sido tan compleja como su tramitación. Su entrada en vigencia se prorrogó al 8 de junio del 2007, por medio de la Ley n° 20.010 publicada siete días antes de su inicial entrada en vigencia.

Sin embargo, su historia legislativa comienza con los estudios del Ministerio de Justicia iniciados en 1994, que determinaron en principio, la necesidad imperativa de acabar con el sistema de imputabilidad derivado de la declaración judicial de discernimiento, en favor de un límite legal claro a la responsabilidad penal adulta⁷³.

Diversos actores confluyeron en variadas comisiones que decantaron en la presentación de un Anteproyecto de Ley a mediados de 1998, que propendía un nuevo derecho penal de adolescentes sustentado en tres pilares bases de la Convención Interamericana de Derechos del Niño: garantías individuales ante el *ius puniendi* del Estado; prevención orientada a la reintegración social del joven limitada por el sentido y el valor de la dignidad del adolescente; y la brevedad y excepcionalidad de la privación de la libertad⁷⁴.

No obstante lo anterior, el 2 de agosto del 2002 ingresó a la Cámara de Diputados la propuesta del Ejecutivo que consagraría un régimen de responsabilidad penal para adolescentes, definido en palabras del entonces Ministro de Justicia,

70 Alumna de cuarto año de la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado.

71 GEISSE, Francisco, Defensor Regional Público de Los Lagos. En «Las dudas de la nueva Justicia Juvenil». La Nación, 23 de octubre del 2007. Disponible en «http://www.lanacion.cl/prontus_noticias_v2/site/artic/20071022/pags/20071022215324.html» [última visita: 20 de octubre 2011].

72 En adelante LRPA.

73 Mensaje de la Ley n° 20.084. Para revisar su contenido visitar: «<http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-20084/HL20084.pdf>» [última visita: 20 de octubre 2011].

74 DE FERRARI, Luis Ignacio: «Quince años de espera... Hacia la creación de un sistema de reemplazo: Notas sobre la génesis y desarrollo de la Ley sobre responsabilidad penal de adolescentes». En *Justicia y Derechos del Niño*, n° 8, 2006, p. 125.

José Antonio Gómez, como aquel donde *el adolescente no tiene la responsabilidad propia de un adulto y sólo es sujeto de una responsabilidad especial adecuada a su fase de desarrollo y al reconocimiento progresivo de su autonomía en el ejercicio de sus derechos*⁷⁵.

El proyecto que ingresa el año 2002, de todas formas difiere del Anteproyecto de 1998. A juicio de los profesores Cillero y Maldonado, marcado por un *aumento significativo de la carga punitiva para los adolescentes y un debilitamiento de la especialización del sistema de enjuiciamiento*⁷⁶.

La tramitación en la Cámara de Diputados consolidó esta tendencia, contemplando una homologación casi total al catálogo punitivo de los adultos (con la salvedad de las faltas que no se integran expresamente por la LRPA), el aumento de la batería de las infracciones graves, la opción de aplicación de sanciones privativas de libertad a infracciones no graves y la imposibilidad formal de aplicar frente a infracciones graves sanciones no privativas de libertad⁷⁷.

El trámite en el Senado se situó en un año de carrera presidencial, donde se enarboló una de las banderas más frecuentes y exitosas en escenarios electorales: la delincuencia⁷⁸.

En lo sustancial, el instrumento legal que evacua el Senado difería del presentado por el Ejecutivo en razón de la elevación de los máximos aplicables de la sanción privativa de libertad, la eliminación del criterio diferenciador entre infracciones graves y no graves, adquiriendo la sistematización del Código Penal de crímenes y simples delitos, más las faltas que expresamente la LRPA hiciera aplicables, y un complejo sistema de determinación de sanciones, que determinan que la pretensión ‘resocializadora’ de la pena impuesta se vea dificultada por las reglas de otros sistemas normativos, ajenos a la LRPA, que terminan desechando la aspiración del proyecto de un régimen integral y autónomo⁷⁹.

Con relación a la implementación de la LRPA, diversas organizaciones alertaron de las problemáticas en la infraestructura para albergar a los imputados y condenados por este sistema. Paz Ciudadana particularmente estudió las proyecciones oficiales y denunció en julio del 2005 que el sistema se vería enfrentado a una demanda mayor que la proyectada por la autoridad, dificultando la viabilidad técnica de ejecución de la Ley⁸⁰. De este modo, se debió establecer un tiempo

75 BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL: *Historia de la Ley 20.084*. Disponible en <<http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-20084/HL20084.pdf>> [última visita: 20 de octubre 2011].

76 CILLERO, Miguel; BERNALES, Martín: «Derechos Humanos de la Infancia Adolescencia en la Justicia “Penal de Menores” de Chile: Evaluación y perspectivas». En *Revista de Derechos del Niño*, n° 1, 2002, p. 37.

77 CORTÉS, Julio: *Los adolescentes y la Ley: Entre el derecho a tener derechos y el derecho a ser penalizados*. Disponible en <http://www.iglesia.cl/portal_recursos/social/past_ninos/docs/adolescentes_y_la_ley.pdf> [última visita: 22 de octubre 2011].

78 *Ibidem*.

79 DE FERRARI, Luis Ignacio: Ob. cit., pp. 140 y ss.

80 WERTH, Francisca: *Minuta de Análisis. Revisión de las capacidades proyectadas del sistema para*

de espera de seis meses para su entrada en vigencia, donde se dispondría de los recursos necesarios para su implementación⁸¹.

A pocos días de que venciera el plazo de vacancia, se dicta la Ley n° 20.110 que además de prorrogar la entrada en vigencia de la LRPA, dispuso la creación de una Comisión de Expertos con el cometido de evaluar la implementación de la Ley, debiendo informar trimestralmente el avance de este proceso a la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado y de la Cámara de Diputados, cuya coordinación le correspondía al Ministerio de Justicia⁸².

Esta Comisión, integrada por diversos académicos y profesionales de fundaciones destacadas de Infancia Adolescencia, alerta en un primer momento en octubre del 2006, a partir de la observación de los centros administrados por SENAME, que su infraestructura era precaria y deficiente, que conducía a situaciones graves de hacinamiento y carecía de espacios comunes, presentaban además, deficiencias en la oferta educativa y de capacitación, carencias físicas vitales que, sumadas a un diseño normativo altamente exigente, permitían concluir que existía una enorme distancia entre lo que existía y aquello que la LRPA demandaba⁸³.

El segundo Informe que evacua esta Comisión sentencia que a tal fecha (abril del 2007) no se presentaban las condiciones mínimas necesarias desde las exigencias de la LRPA y que en consecuencia, no era posible afirmar que la infraestructura, el estado de los programas y la administración general del sistema permitirían una adecuada puesta en marcha integral para junio de ese año⁸⁴.

Durante fines de mayo del 2007, los funcionarios del SENAME se movilizaron, paralizando sus actividades e incluso tomándose los centros donde se atenderían los casos de responsabilidad penal juvenil denunciando que estas dependencias no contaban con las condiciones mínimas para atender a los adolescentes infractores⁸⁵, la Directora Nacional del Servicio respondió públicamente, desacreditando la denuncia de los trabajadores arguyendo que se trataría de una movilización con

la ejecución de las sanciones según el proyecto de Ley sobre Responsabilidad Penal Juvenil. Disponible en «http://www.pazciudadana.cl/docs/pub_20090623174834.pdf» [última visita: 22 de octubre 2011].

81 DE FERRARI, Luis Ignacio: Ob. cit., p. 156.

82 CÁMARA DE DIPUTADOS: *Informe de la Comisión Investigadora encargada de determinar la responsabilidad administrativa y política que les corresponden a las máximas autoridades del SENAME y al Ministro de Justicia, en el fallecimiento de diez jóvenes con ocasión de un incendio provocado al interior de un centro de detención provisoria ubicado en la ciudad de Puerto Montt.* 8 de octubre de 2008, p. 17.

83 *Ibidem.*

84 *Ibidem.*

85 «Funcionarios se tomaron centros del servicio». En *Cooperativa*, 28 de Mayo de 2007. Disponible en «http://www.cooperativa.cl/funcionarios-de-sename-se-tomaron-centros-del-servicio/prontus_notas/2007-05-28/072420.html» [última visita: 25 de octubre 2011].

objetivos únicamente de mejora salarial⁸⁶. Este movimiento sindical terminó el 6 de junio, a dos días del debut de la LRPA.

La única respuesta frente a esta alerta, además de la negociación que depuso el paro de los funcionarios, fue la dictación de la Ley n° 20.191 el 2 de junio del 2007, introduciendo criterios ordenadores respecto a las normas de determinación de pena, sobre la procedencia de la internación provisoria, regulación de la detención por flagrancia y en relación a los centros semicerrados, la habilitación al SENAME para la celebración de convenios que amplíen la oferta, y la inserción de una facultad del juez para aplicar libertad asistida especial en los casos en que sea procedente la sanción de internación en régimen semicerrado⁸⁷.

El día antes del comienzo de la aplicación de la LRPA, el Ministro de Justicia, Carlos Maldonado manifestó en un programa radial que *tenemos muy claro que las condiciones de partida de la ley son sólo las básicas, no son ni las medias, ni las óptimas (...) es cierto que falta, no lo hemos negado nunca*⁸⁸.

En este escenario, se implementó la LRPA.

2. Ejecución de Sanciones Privativas de Libertad

Debemos comenzar señalando que para el derecho penal de adolescentes, la imposición de penas privativas de libertad es el último recurso, así se manifiesta en el Artículo 26 de la LRPA, se reitera en el Artículo 47, siendo coherente con la normativa internacional⁸⁹ se concreta mediante el establecimiento de sanciones distintas a las privativas de libertad que deberán aplicarse de modo preferente⁹⁰. Sin embargo, se dispone para las penas que superen los cinco años, la *obligación de aplicar* internación en régimen cerrado, lo que entendiendo el amplio repertorio de conductas constitutivas de crímenes para adultos con alta penalidad -que aun con la rebaja del Artículo 21 en relación al 18 de la LRPA superarían los 5 años de pena- nos permite concluir, que se renuncia legislativamente a los principios de excepcionalidad y brevedad de la privación de libertad.

La pretensión de excepcionalidad de la aplicación de medidas no privativas de libertad resulta en la práctica también abandonada. Durante los tres primeros

86 «Directora del SENAME: Tomas de recintos se deben a demandas salariales». En *El Mercurio*, 28 de Mayo de 2007. Disponible en «<http://www.emol.com/noticias/nacional/2007/05/28/257281/directora-del-sename-tomas-de-recintos-se-deben-a-demandas-salariales.html>» [última visita: 25 de octubre 2011].

87 Mensaje de la Ley n° 20.191. Para revisar su contenido visitar: «<http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-20191/HL20191.pdf>» [última visita: 25 de octubre 2011].

88 «Ministro celebró apoyo a la Ley Penal Juvenil: Es mejor que la situación actual». En *Cooperativa*, 16 de Junio de 2007. Disponible en «<http://www.emol.com/noticias/nacional/2007/05/28/257281/directora-del-sename-tomas-de-recintos-se-deben-a-demandas-salariales.html>» [última visita: 25 de octubre 2011].

89 Numeral 18.1 Reglas de Beijing, 37.b Convención de Derechos del Niño, 1 y 2 Reglas mínimas para menores privados de Libertad, 46 Directrices RIAD.

90 AGUIRREZABAL, Maite; LAGOS, Gladys; VARGAS, Tatiana: «Responsabilidad penal juvenil: Hacia una "justicia individualizada"». En *Revista de Derecho*, n° 2, vol. XXII, 2009, p. 148.

años de la LRPA aumentó progresivamente la cifra de adolescentes cumpliendo la sanción de internación en régimen cerrado con programa de reinserción social, de 958 durante el 2008, 1351 el 2009 a 1723 el 2010⁹¹. Luego, si sumáramos todas las sanciones privativas de libertad (internación en régimen cerrado y semicerrado ambos con programa de reinserción social, y la sanción mixta) la tendencia ascendente se ratifica con un 8.6% el 2008, 9.7% el 2009 y durante el 2010 un 10.1%⁹².

Una de las innovaciones de esta Ley, es la introducción de un sistema de control de ejecución de las sanciones, coherente con lo dispuesto en los Artículos 37 y 40 de la Convención de Derechos del Niño, Niña y Adolescente, consagrando por primera vez la aplicación del principio de legalidad no únicamente al momento de la conminación y la adjudicación, sino que también abarcando la etapa de ejecución, en razón de la precisa característica de la pena y su alcance, incluyendo reglas sobre administración de medidas no privativas de libertad, condiciones mínimas para centro privativos de libertad, disciplina interna, catálogo de derechos y garantías para los adolescentes privados de libertad⁹³.

Las penas privativas de libertad contempladas en la LRPA se clasifican como:

- i. Internación en régimen cerrado: debe ejecutarse en un centro cerrado de privación de libertad, que logre cumplir los objetivos del Artículo 20 de la LRPA, requerirán de los mecanismos de seguridad que garanticen la permanencia en el recinto de quienes debiesen cumplir en ellos una sanción, el Artículo 43 inciso 4 de la LRPA indica que podrá existir una *guardia armada de carácter externo*, a cargo de Gendarmería de Chile, la que deberá estar siempre afuera del Centro y sólo podrá ingresar en caso de *motín* o *grave riesgo para los adolescentes y revisar sus dependencias con el solo objeto de evitarlas*. Este Centro será administrado *siempre y en forma directa* por el Servicio Nacional de Menores.
- ii. Internación en régimen semicerrado: se ejecuta en un centro de privación de libertad y en el medio libre. Es un programa especial integral conforme a los derechos, desarrollo y necesidades del adolescente, en que deberá existir un continuo entre el encierro y el medio libre. Estos Centros debiesen estar emplazados en diversas localidades, que permitan que el adolescente en lo posible no salga de su ambiente, de modo que el proceso de integración social se cumple en su lugar de origen⁹⁴.
- iii. Internación provisoria: aun cuando no es una pena en estricto sentido, constituye una privación de libertad en el marco de una investigación penal en su contra, haciendo las veces de prisión preventiva de los adultos. Regulada

91 BERRÍOS, Gonzalo: «La Ley de responsabilidad penal del adolescente como sistema de justicia: análisis y propuestas». En *Política Criminal*, n° 11, v. 6, 2011, p. 183.

92 BERRÍOS, Gonzalo: Ob. cit., p. 183.

93 BRICEÑO, Sebastián: «Supervisión de centros privativos de libertad para adolescentes: el modelo chileno a la luz del modelo inglés». En *Justicia y Derechos del Niño*, n° 10, 2008, p. 182.

94 BUSTOS, Juan: *Derecho penal del niño - adolescente*. Ediciones Jurídicas de Santiago, 2007, p. 48.

en el Artículo 32, designa que su lugar de cumplimiento será un Centro Cerrado, y procederá sólo respecto de conductas que de ser realizadas por un adulto revestirían carácter de crimen.

En materia de régimen interno y organización de los centros, infraestructura y seguridad, el Reglamento dispone que se debe contar con un Plan Anual de Emergencia que prevenga y reaccione adecuada y oportunamente ante alguna contingencia (Artículo 74 Reglamento LRPA).

El Decreto Supremo 407/2007 del Ministerio de Justicia, dando cumplimiento al mandato del Artículo 43 inciso final de la LRPA, crea los centros de privación de libertad requeridos, concentrando en las mismas dependencias, los centros de internación en régimen cerrado, semicerrado e internación provisoria, contrariando de forma evidente el principio de especialización de la justicia penal adolescente, en razón de la acumulación de programas, y de planes de intervención requeridos por los diversos adolescentes.

Por otra parte, las Reglas de Beijing 36.1 disponen con vehemencia que la capacitación y tratamiento de adolescentes privados de libertad tiene por objeto garantizar su cuidado y protección, así como su educación y formación profesional para permitirles que desempeñen un papel constructivo y productivo en la sociedad. La regla 36.2 además señala que quienes residan en estos centros deberán recibir los cuidados, protección y asistencia necesaria de acuerdo a su edad, sexo y personalidad y en interés de su desarrollo sano.

La LRPA también dispone de un mecanismo de control jurisdiccional de la ejecución de la pena, otorgando competencias a los Jueces de Garantía del territorio donde deban cumplirse las sanciones, teniendo entre sus principales competencias:

- i. Conocer de los conflictos de derecho que se produzca durante su ejecución (Artículo 50).
- ii. Certificación del cumplimiento de las sanciones (Artículo 51).
- iii. Conocer los casos de quebrantamiento de condena (Artículo 51).
- iv. Sustitución de condenas de oficio o a petición de parte (Artículo 53).
- v. Remisión de las condenas (Artículo 55).

El Reglamento de la LRPA en su párrafo 7° establece un mecanismo de control no jurisdiccional de la ejecución de las sanciones: las Comisiones Interinstitucionales de Supervisión, integradas por el SEREMI de Justicia que oficiará de coordinador, un representante de los colaboradores acreditados que trabajen con infractores de ley -escogido por los representantes o directores regionales de tales instituciones-, un representante de la sociedad civil que trabaje en infancia adolescente designado por el SEREMI de Justicia, un académico designado también por el SEREMI, un representante de la Defensoría Penal Pública y además se invitará a un representante del Poder Judicial, del Ministerio Público y de la UNICEF.

Este mecanismo de control de ejecución da cumplimiento a lo dispuesto en las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, especialmente la Regla 14 donde se diferencia el control jurisdiccional de la legalidad de la ejecución que tendrá por objeto la protección de los derechos fundamentales de los adolescentes, del control no jurisdiccional que desarrolle un organismo independiente, mediante inspecciones periódicas que verifiquen el cumplimiento de los objetivos de integración social, recogidos por la LRPA en diversas disposiciones (Artículos 15, 16 17, 20 y 44)⁹⁵.

Como su función principal, deben visitar los centros cerrados, semicerrados y secciones juveniles de los establecimientos penitenciarios de adultos a cargo de Gendarmería de Chile, con una periodicidad de a lo menos dos veces al año, donde puedan asesorar en el respeto a los derechos de los adolescentes, y la existencia de condiciones de vida acordes con tal respeto, para dar cumplimiento a lo anterior, podrán solicitar informes a toda autoridad pública y formular recomendaciones a los directores de los Centros, que remitirán además al Ministerio de Justicia⁹⁶.

Es en este escenario normativo que, a cuatro meses de la entrada en vigencia de la LRPA, diez adolescentes mueren producto de un incendio en el Centro Cerrado del SENAME “Tiempo de Crecer” en Puerto Montt.

3. Incendio en Centro “Tiempo de Crecer”

El Decreto 407/2007 del Ministerio de Justicia determinó que en las dependencias de Panamericana Norte 1039 camino a Chin Chin se emplazaran el Centro para la Internación en Régimen Cerrado, Semicerrado y el de internación provisoria de Puerto Montt. Si bien el principio de separación del Artículo 48 de la LRPA sólo se refiere a los menores de edad respecto de los adultos, la lógica del principio *a la misma razón, la misma disposición* indica que si a los adultos sometidos a prisión preventiva se les separa de recinto, los adolescentes (e incluso con mayor vehemencia en este caso) con medida cautelar de privación de libertad, deberían permanecer separados de aquellos adolescentes que ya han sido condenados y, a su vez, quienes sean sancionados a régimen cerrado deberían recibir un tratamiento diferente de aquellos a los que le fuere decretado un régimen semicerrado, y no ‘compartir’ los funcionarios planes y programas de intervención.

Al momento del incendio, el Centro “Tiempo de Crecer” tenía en servicio tres educadores de trato directo del SENAME, el destacamento de Gendarmería contaba con seis funcionarios, para 47 adolescentes privados de libertad⁹⁷.

El incidente habría comenzado cerca de las 22.00 horas en circunstancias descritas en la formalización de los funcionarios como *actos objetivos de amoti-*

95 BRICEÑO, Sebastián: Ob. cit., p. 185.

96 *Ibidem*.

97 CÁMARA DE DIPUTADOS: *Informe de la Comisión Investigadora...* Ob. cit., p. 51.

namiento, ante la resistencia a acatar la orden de acostarse propinada por los educadores de trato directo. Media hora más tarde ingresa la coordinadora de turno, Filomena Rebolledo, quien describe que intenta mediar la situación, sin embargo, es retirada por otro funcionario. Luego, según señaló en la Comisión Investigadora de la Cámara de Diputados creada para estos efectos, acudió a un gendarme para ordenarle que se cortara la llave del gas, tarea que no hizo⁹⁸.

Rebolledo indica que se comunicó con la directora del Centro, Lorena Navarro, para que le autorizara el ingreso a Gendarmería, en ese momento señala haber escuchado los movimientos indicativos del motín de los adolescentes, una vez que se dirigió ella a cortar el gas, observó que había emanado fuego⁹⁹. La funcionaria señaló que *había tanto humo que era imposible moverse*, sobre la tardía entrada de Bomberos que denunciaron los familiares, señaló que no podían entrar por ausencia de su Comandante, en circunstancias en que se dio aviso al Cuerpo de Bomberos 1 hora y 27 minutos desde que se originó el incendio¹⁰⁰.

El incendio generó la muerte inmediata de 8 adolescentes en el Centro, mientras que 2 quedaron en estado grave, falleciendo días después, no presentando lesiones -lo que sugiere que su deceso se debió a la asfixia¹⁰¹.

La formalización de cargos dedujo que el incidente crítico duró más de 3 horas, siendo las 22.00 horas sólo el inicio de la fase superior. Dado que era evidente la existencia de un motín, y el Centro contaba con un Plan de Emergencia que contemplaba protocolos de reacción para motines e incendios, se incumplieron los deberes de protección de los adolescentes por parte de los funcionarios directivos y los educadores de trato directo, en razón de que contaron con información útil y tiempo suficiente que hubiese evitado los resultados del incidente. Además, el corte de gas se practicó tardíamente y por medio de instrumentos poco idóneos. Esta situación se agrava al considerar que el fuego fue originado en un calentador a gas que estaba dentro del Centro, el ingreso de la guardia armada de Gendarmería se concretó sólo con el fuego evidente y la presencia de elementos inflamables dentro del recinto debió haber sido prevista por los funcionarios¹⁰².

Posteriormente a la muerte de los adolescentes, se publicó en la prensa un Informe de la Dirección Regional de la Décima Región a la Dirección Nacional del SENAME, "Evaluación de centros SENAME de la X Región", donde se evidenciaban faltas disciplinarias y falencias en seguridad, incluso se pide evaluar la continuidad del equipo directivo del centro y se aconseja mejorar las condiciones

98 *Ibidem*.

99 CÁMARA DE DIPUTADOS: *Informe de la Comisión Investigadora...* Ob. cit., p. 52.

100 CENTRO DE DERECHOS HUMANOS UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES: *Informe Anual sobre derechos humanos en Chile 2008*. p. 113.

101 CENTRO DE DERECHOS HUMANOS UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES: *Niños privados de libertad*. Disponible en «<http://www.derechoshumanos.udp.cl/ninos-privados-de-libertad/>» [última visita: 20 de octubre 2011].

102 Formalización de Cargos, RUC n° 0700825930-K, RIT n° 5421-2007. Juzgado de Garantía de Puerto Montt.

de seguridad del recinto¹⁰³. Además la ex directora regional de la institución relató haber denunciado serias faltas e indisciplinas cometidas por gendarmes del recinto, que se habrían desempeñado en sus funciones en estado de ebriedad¹⁰⁴.

Las respuestas en el mundo político no se hicieron esperar, la indignación era la tónica, y se formularon críticas a la apresurada implementación de la LRPA. La Presidenta de la República calificó como *extremadamente doloroso tener que lamentar el fallecimiento de jóvenes que debieran estar en otra cosa*¹⁰⁵, en tanto el Ministro de Justicia señaló vehementemente que *en este caso no había un caso de hacinamiento, sino que se produjo una situación de rebeldía de un grupo de jóvenes frente a ciertas normas e instrucciones internas*. En razón de las causas de esta rebeldía señaló que *no es lo mismo la actitud de estos jóvenes frente al funcionario civil de SENAME, frente a la que tienen al funcionario uniformado*¹⁰⁶.

El director social del Hogar de Cristo sindicó que *el gran culpable del incendio es que no hay condiciones de seguridad para recluir a personas, si pones colchones combustibles o tienes dependencias que se pueden incendiar*¹⁰⁷.

Un grupo de parlamentarios de diversas bancadas repudió los hechos y llamó a una comisión investigadora que reuniría los antecedentes que permitieran *poder precisar causas directas e indirectas de las lamentables muertes y las condiciones futuras de implementación, tanto del funcionamiento de la Ley, de infraestructura, rehabilitación y seguridad*¹⁰⁸. El resultado de esa investigación, que contó con la comparecencia del Ministro de Justicia, el Director Nacional de SENAME, una de las educadoras de trato directo, la Defensora Nacional y otras autoridades relativas al tema, puede sintetizarse del siguiente modo:

- i. Sobre la entrada en vigencia de la Ley: el Ministro de Justicia ofreció condiciones que sin ser óptimas eran superiores a las de ese momento, y en consecuencia el diagnóstico que emanó del Ministerio y que determinó la

103 CENTRO DE DERECHOS HUMANOS UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES: *Informe Anual sobre derechos humanos en Chile 2008*, p. 113.

104 «Ex jefa regional apunta a director del SENAME y al Ministerio de Justicia por tragedia de Puerto Montt». En *El Mercurio*, 4 de Noviembre 2007. Disponible en «<http://diario.elmercurio.com/detalle/index.asp?id={58b28d5e-d517-4b36-8ed5-d3070cec0278}>» [última visita: 25 de octubre 2011].

105 «Bachelet tildó de “extremadamente dolorosa” tragedia de Puerto Montt». En *Cooperativa*, 22 de octubre de 2007. Disponible en «http://www.cooperativa.cl/bachelet-tildo-de-extremadamente-dolorosa-tragedia-de-puerto-montt/prontus_notas/2007-10-22/115650.html» [última visita: 25 de octubre de 2011].

106 «Maldonado: Jóvenes de Puerto Montt no murieron por hacinamiento». En *Cooperativa*, 23 de octubre de 2007. Disponible en «http://www.cooperativa.cl/maldonado-jovenes-de-puerto-montt-no-murieron-por-hacinamiento/prontus_notas/2007-10-23/091321.html» [última visita: 25 de octubre 2011].

107 «Benito Baranda criticó las condiciones de seguridad de centros del SENAME». En *Cooperativa*, 22 de octubre de 2007. Disponible en «http://www.cooperativa.cl/benito-baranda-critico-las-condiciones-de-seguridad-de-centros-del-sename/prontus_notas/2007-10-22/185152.html» [última visita: 25 de octubre 2011].

108 «Diputados investigarán incendio en local del SENAME en Puerto Montt». En *Biblioteca del Congreso Nacional*, 26 de diciembre de 2007. Disponible en «http://www.bcn.cl/actualidad_legislativa/temas_portada.2007-12-26.5859546279» [última visita: 25 de octubre 2011].

opinión del Congreso Nacional en esta materia fue errada. Las supuestas condiciones mínimas objetivas aducidas por el Secretario de Estado tampoco eran reales, sindicando en este capítulo responsabilidad al Ministro de Justicia Carlos Maldonado y a la entonces Directora Nacional del SENAME, Paulina Fernández¹⁰⁹.

- ii. Sobre los hechos propios del incendio: el incumplimiento del Plan de Emergencia da lugar a atribuir responsabilidad a la Directora Nacional del SENAME Paulina Fernández, que aun cuando, al momento del incendio ya no ejercía sus funciones, esta obligación debió haber sido satisfecha en su mandato. Prueba de ello, es que luego del incendio la Dirección Nacional solicita los planes de contingencia de todos los centros a cada Director Regional, también se determina la responsabilidad de la Directora del Centro, Lorena Navarro, de la SEREMI de Justicia, Leby Barría, por no haber supervisado la puesta en marcha de la LRPA en razón de su jurisdicción¹¹⁰.
- iii. Sobre la investigación sumaria, ésta estuvo inicialmente a cargo de la Jefa del Departamento de Derecho y Responsabilidad Juvenil Fanny Pollarolo, luego se designó a Mauricio Mejías, finalizando esta investigación en una suspensión por un mes de trabajo y retención de parte de las remuneraciones y multas¹¹¹.

En relación con la investigación judicial, fueron formalizados por el Fiscal con dedicación exclusiva José Veizaga, la directora del Centro Lorena Navarro, el coordinador Marcos Iglesias García, los educadores de trato directo Filomena Rebolledo, Julio Mayorga, Iván Agüero y Rubén Franco, todos por cuasidelito de homicidio, sin embargo tras 18 meses de investigación el 9 de diciembre del 2009 se decretó la suspensión condicional del procedimiento bajo las condiciones de fijar domicilio y firma bimensual¹¹².

Otras acciones judiciales se impetraron para proteger a los menores que continuaban privados de libertad en dependencias del SENAME, se presentaron acciones de protección en este sentido, que la Corte de Apelaciones desestimó argumentando que los jóvenes por los que se recurría ingresaron al Centro de Internación Provisoria en el marco de resoluciones judiciales legales, reconociendo sin embargo, ciertas deficiencias en la infraestructura, acrecentadas por la inutilización temporal

109 CÁMARA DE DIPUTADOS: *Informe de la Comisión Investigadora...* Ob. cit., p. 180.

110 *Ibidem*.

111 «Funcionarios del SENAME Puerto Montt sancionados por incendio ya cumplieron sus sanciones». En Radio Bío-Bío, 30 de marzo de 2011. Disponible en «<http://www.biobiochile.cl/2011/03/30/funcionarios-de-sename-puerto-montt-sancionados-por-incendio-ya-cumplieron-sus-sanciones.shtml>» [última visita: 25 de octubre 2011].

112 Acta de audiencia de suspensión condicional del procedimiento. RUC n° 0700825930-K. RIT n° 5421-2007.

de ciertas dependencias producto del incendio de octubre del 2007. Esta resolución fue confirmada por la Corte Suprema en noviembre del mismo año¹¹³.

En razón de estas resoluciones, y la consecuente sensación de impunidad sobre la tragedia y la situación de la ejecución de sanciones para adolescentes, la Clínica de Acciones de Interés Público y Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales presenta una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la que aún se encuentra en trámite de admisibilidad¹¹⁴.

4. Conclusiones

Parece ser que el espíritu punitivo fue superior en la balanza que establecer suficientes garantías para la implementación de la LRPA, lo que sin embargo no explica que a 4 años de su entrada en vigencia, aún no se resuelvan temáticas relevantes como el control efectivo de la ejecución penal.

Pese a que el oficialismo en el momento de la presentación del proyecto de LRPA el 2002 la defendió, señalando que suprimiría al sistema tutelar de menores que constituía una fuente de vulneración de derechos y conducía a un exceso del uso de la privación de libertad, el nuevo derecho penal adolescente ha significado privaciones de libertad provisionales, donde por el tiempo y la situación procesal -de no condenado- los planes de resocialización no resultan practicables. Así al tercer año de la implementación de la LRPA un 62.5% de los adolescentes en internación provisional no termina siendo condenado a una pena privativa de libertad, e incluso el 19% de éstos no resulta condenado y sancionado¹¹⁵. Su pretensión de proporcionalidad fue echada por tierra, junto a la de excepcionalidad y brevedad de la privación de libertad.

El razonamiento de la Corte de Apelaciones y la ratificación del Máximo Tribunal, en orden a rechazar los *habeas corpus* impetrados a favor de adolescentes que residen en espacios deficientes y distantes del compromiso de resocialización que reza incluso en la pena que reciben, indica que nuestros altos Tribunales no han entendido que el mandato del principio de legalidad en la ejecución penal, no se basta con la sola resolución judicial que decreta su ingreso a los Centros, sino que su estadía y cumplimiento se ajuste a lo dispuesto por la LRPA en específico, las garantías constitucionales en lo sustancial, y las disposiciones internacionales en lo programático. De lo contrario, caemos en el absurdo que en función del principio de legalidad formal, condenamos a menores de edad, incluso sin acreditar su responsabilidad, a condiciones que constituyen degradaciones intolerables en un Estado democrático de Derecho.

113 CENTRO DE DERECHOS HUMANOS UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES: *Informe Anual sobre derechos humanos en Chile 2008*, p. 117.

114 CENTRO DE DERECHOS HUMANOS UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES: *Niños privados de libertad*. Disponible en «<http://www.derechoshumanos.udp.cl/ninos-privados-de-libertad/>» [última visita: 20 de octubre 2011].

115 BERRÍOS, Gonzalo: Ob. cit., p. 182.

Si el incendio en un Centro con menos de 50 internos no logró accionar los mecanismos que permitiesen la tutela efectiva de los derechos de los adolescentes infractores desde la institucionalidad vigente, entonces podemos recordar por qué el control de la ejecución no debe ser una cuestión relativa, debe ser potestad efectiva de un juez especial que revise el sentido material del principio de legalidad en el momento de la intervención más severa del *ius puniendi* estatal, y con mayor preocupación cuando los sujetos destinatarios de estas sanciones son menores de edad.

ALGUNAS CONDICIONES QUE DIFICULTAN LA OPERATIVIDAD DEL DERECHO PENITENCIARIO EN NUESTRO PAÍS

*Cristián Peñaloza Guzmán*¹¹⁶

1. Introducción

Como bien se sabe, la fase última del control que ejerce el Estado a través del *Ius Puniendi* se verifica en los establecimientos carcelarios, éstos garantizan la ejecución de las penas privativas de libertad, las cuales generalmente están asociadas a los delitos de mayor gravedad o connotación social.

Sin embargo, se está muy lejos de cumplir con todos los fines para los cuales se han establecido los Recintos Penitenciarios. El problema radica, como es conocido, en las dificultades de sobrepoblación carcelaria y consiguiente hacinamiento¹¹⁷ de los reos, que hacen muy difícil que opere la importante finalidad respecto a sus Derechos Fundamentales y de reinserción social que le está asignada al Derecho Penitenciario.

Resulta odioso constatar además que todos los instrumentos jurídicos, tanto de Derecho Internacional como de Derecho interno, proclaman el respeto a los Derechos Fundamentales de las personas privadas de libertad, además del fin de resocialización o reinserción¹¹⁸. En el ámbito doctrinario, es relativamente pacífico afirmar que entre los fines de la pena¹¹⁹, está precisamente el lograr la reinserción del condenado o su resocialización. Entonces, hay acuerdo respecto del tema en cuestión, pero en la práctica el respeto a los Derechos Fundamentales de los reos brilla por su ausencia, ni hablar de desiderátums resocializadores o de reinserción social.

En el presente trabajo, a fin de no hablar del *sexo de los ángeles*¹²⁰ respecto de la cuestión penitenciaria, centraré mi atención en dos puntos principales que, según

116 Abogado, Universidad Alberto Hurtado.

117 En estricto rigor no sólo son problemas de hacinamiento, a la vez se generan problemas de convivencia al interior de los penales, con la consiguiente violencia, dada la radicalización de las interacciones que se da en la cultura carcelaria.

118 De ahora en adelante utilizaré ambos términos como sinónimos a lo largo de este ensayo.

119 *Cfr.* SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Juan Bosh, Barcelona, 2000, pp. 263 y ss. Señala el autor que tras la caída en descrédito de la resocialización, entendida como imposición de valores, la doctrina está de acuerdo que el Derecho Penal no puede desentenderse del fin resocializador, entendido eso sí, como creación de las condiciones que permitan un autodesarrollo libre o que a lo menos no se siga empeorando.

120 La expresión es de Roberto Bergalli.

mi perspectiva condicionan la existencia de un Derecho Penitenciario respetuoso de sus propios fines. Así las cosas, haré una breve descripción del sustrato fáctico¹²¹ que incide sobre el fenómeno criminal, principalmente las altas tasas de encarcelamiento que experimentan nuestras civilizadas sociedades occidentales, y por otro lado expondré la valoración de los tribunales superiores de justicia y el déficit normativo que se observa en la legislación nacional, principalmente en lo relativo al principio de legalidad penal y las limitaciones que la legislación penitenciaria pone a la importante finalidad de reinserción. En la parte final se expondrán las conclusiones y perspectivas de solución del problema.

2. El alto nivel de encarcelamiento contemporáneo

Ya es un lugar común constatado por la Criminología, el que, desde los años '80 a la fecha, se ha producido un aumento generalizado de las tasas de encarcelamiento. Lo anterior ha llevado a dejar de lado la preponderancia en el estudio de las causas del delito y centrarse más bien, en el estudio de las causas del aumento generalizado de los presos en el mundo¹²². El estandarte de esta tendencia es el caso norteamericano, el cual ostenta 2 millones de presos¹²³, con un índice en el 2005, de 738 presos por cada 100 mil habitantes, muchísimo más de los 95 y 85 por cada 100 mil habitantes que tienen Alemania y Francia, respectivamente¹²⁴. No es un dato menor que tamaño tasa de encarcelamiento no tiene nada que ver con un supuesto aumento de la criminalidad en dicho país¹²⁵. Los países europeos, por su parte siguen la misma tendencia a la que se alude al principio de este acápite, por ejemplo España tenía al 2008 un índice de 159 presos por cada 100 mil habitantes, siendo el número más alto de la Europa occidental. Al respecto Larrauri señala que en España tampoco se observa una correlación entre el aumento de presos, y un aumento de los delitos, es más, indica que *el fenómeno de altas tasas de encarcelamiento que se observa desde la década de los ochenta, no responde directamente a incrementos en la comisión de delitos, sino que además del número de delitos hay una decisión política de cómo reaccionar a ellos*¹²⁶. En definitiva,

121 Dentro del término sustrato fáctico del fenómeno criminal, entiendo comprendidos la serie de factores sociales, políticos, culturales y/o económicos, que inciden en que nuestras cárceles se mantengan atiborradas.

122 Cfr. PJOAN LARRAURI, Elena: «La Economía Política del castigo». En *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2009, nº 11-06, p. C. Disponible en «<http://criminnet.ugr.es/recpc/09/recpc00-c1.pdf>» [última visita: 28 de octubre 2011].

123 Dicho fenómeno ha sido llamado por Terry Kupers, como la orgía del encarcelamiento, agregando además que, aparte de los 2.000.000 de encarcelados que tiene EEUU, de éstos un 58% son afroamericanos a pesar de que sólo representan el 13% de la población Americana. Ver: KUPERS, Terry: «La orgía del encarcelamiento en Estados Unidos y la ideología que la sustenta». En *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2005, nº 7, p. C. Disponible en «<http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-c1.pdf>» [última visita: 28 de octubre de 2011].

124 Cfr. LARRAURI, Elena: Ob. cit., p. 6.

125 Cfr. GLENN C., Loury: *Race, Incarceration and American Values*. The MIT press, 2008. Massachusetts, pp. 17 y ss.

126 LARRAURI, Elena: Ob. cit., p. 6.

de lo que se trata es una forma de orientar la política criminal de los países, que provoca en el plano empírico un aumento considerable de presos. En esta línea, Bergalli observa que

desde ya hace varias décadas, en particular en los países occidentales, se verifica una constante y creciente utilización de los sistemas penales para encarar buena parte de la difusa conflictividad de nuestras sociedades (...) tiene que ver con el abandono paulatino del ius puniendi para castigar hechos de propia naturaleza punible y orientar la violencia penal (...) para ser empleada respecto de grupos a grupos de personas que revisten características propias de una nueva marginalidad¹²⁷.

Así las cosas tenemos en el plano descriptivo, el fenómeno de un aumento sostenido de las tasas de encarcelamiento en las sociedades occidentales, que responde a medidas políticas. Ahora bien, en el plano explicativo, David Garland ha establecido un correlato entre el aumento de las tasas de encarcelamiento en el mundo y el declive del Estado de Bienestar, y el consiguiente ascenso del Estado Neoliberal. Concretamente, el autor habla de un estilo *Penal Welfare*¹²⁸, para referirse a la práctica de EEUU y Gran Bretaña, por los años '40 y '70, que buscan un ideal rehabilitador y correccionalista respecto de los reos, con una fuerte participación del Estado. Posteriormente, se produce un viraje a una cultura del control, con mayor énfasis en la idea de castigo, inhabilitación del delincuente y protección del público. Lo anterior no hace sino confirmar nuestras intuiciones pues:

los criminólogos y el público siempre han asumido la existencia de una relación entre Estado social y delito. La presunción es que un Estado social promueve mayores cotas de inclusión económica y social y disminuye la motivación para la realización de delitos¹²⁹.

Por su parte, Bergalli apunta al fenómeno de la globalización y su tendencia a generar enormes brechas sociales como un factor a tomar en cuenta la hora de explicar este viraje punitivista¹³⁰. La pregunta obvia es ¿puede ser este modelo explicativo de las altas tasas de encarcelamiento, con énfasis en el sistema económico, susceptible de ser considerado universal? La respuesta parece ser que no, pues, la realidad de cada país es distinta, hay condicionantes a nivel cultural, demográficas, históricas, que no sólo tienen que ver con la orientación del Estado respecto a la economía.

127 BERGALLI, Roberto; BEIRAS, Iñaki; BOMBINI, Gabriel: *Violencia y sistema penal*. Del Puerto, Buenos Aires, 2008, pp. 3 y ss.

128 Cfr. GARLAND, David: *La cultura del control. Crimen y orden social*. Editorial Gedisa, 2001, Barcelona, pp. 71 y ss.

129 LARRAURI, Elena: Ob. cit., p. 6.

130 El término punitivismo describe factores como altas tasas de encarcelamiento, condenas excesivamente largas, que no se condicen con aumento correlativo de la criminalidad. Así las cosas, Elena Larrauri, homologa el término punitivismo a tasa de encarcelamiento, para dar cuenta de un mismo fenómeno. Cfr. LARRAURI, Elena: Ob. cit., p. 6.

Por tanto, concuerdo con Pavarini cuando señala que es muy difícil poder explicar de una forma unívoca o monocausal qué es lo que provoca la situación actual¹³¹, sin embargo, el mismo autor señala que, si bien está en serias dificultades para poder explicar el fenómeno, no debe perderse de vista, que la invención penitenciaria está en íntima relación con el surgimiento de las economías capitalistas, siendo éste el sistema económico que se ha impuesto en todo el mundo. A renglón seguido afirma:

*quizá no es una exageración sostener que (...) en significativa emergencia de Estados Unidos como capital económica, política y culturalmente hegemónica en el mundo no comunista (...) las únicas políticas de control social que se impusieron universalmente fueron aquellas vehiculizadas a través del proceso de americanización de la periferia*¹³².

De lo que se ha tratado en definitiva es la imposición de un punto de vista acerca de la penalidad. Al respecto sólo habría que revisar la tendencia prohibicionista respecto de las drogas y la protección de la propiedad.

Es sintomático además que, en un contexto científico social más amplio John Gray, hable de un capitalismo bueno y uno malo, identificando a este último con el tipo de capitalismo liderado por Estados Unidos, que va eliminando paulatinamente a las economías sociales de mercado tanto europeas como asiáticas¹³³. Lo interesante para efectos de este trabajo, es que el denominado capitalismo malo, dentro de sus características, presenta las más altas tasas de encarcelamiento, elemento que él mismo destaca en su libro cuando señala: (...) *en Estados Unidos se recurre a una política de encarcelamiento masivo que sustituye a los controles de las comunidades que las fuerzas desreguladas del mercado han debilitado o destruido*¹³⁴.

Es además un lugar común entre los criminólogos, la existencia de una correlación entre Estado Social y delitos, o según lo anterior entre un capitalismo bueno y delito.

Lo anterior además concuerda con nuestras intuiciones, pues en un contexto de inseguridad, generado por el constante deterioro de la cohesión social, en un mundo cada vez más individualista y orientado al consumismo, es obvio que, no sólo se genera un problema de exclusión social que degenera en delincuencia,

131 Entre los factores que el autor menciona, encontramos los siguientes: aumento de la criminalidad, adopción de políticas criminales más represivas de parte de los gobiernos y difusión de la alarma social o sentimiento de inseguridad ciudadana. Cfr. PAVARINI, Massimo. En BERGALLI, Roberto; BEIRAS, Iñaki; BOMBINI, Gabriel: Ob. cit., pp. 130-131.

132 PAVARINI, Massimo. En BERGALLI, Roberto; BEIRAS, Iñaki; BOMBINI, Gabriel: Ob. cit., pp. 132-133.

133 El contraste lo realiza el autor entre la versión alemana y la versión estadounidense del capitalismo, al respecto señala la cultura de 'tala y quema' y de empleo temporal que hizo posible la reestructuración empresarial de los Estados Unidos a principios de los noventa. Cfr. GRAY, Jhon: *Falso amanecer, los engaños del capitalismo global*. Paidós, Barcelona, 2000, pp. 119 y ss.

134 GRAY, Jhon: Ob. cit., pp. 150 y ss.

sino que además, también se manifiesta un desfase en las expectativas por parte de quienes no teniendo las capacidades mínimas que el libre mercado exige para obtener beneficios dentro de él, inmersos en una sociedad que promueve el consumo, buscan en el delito los medios que el orden económico social no le otorgan para obtener lo que el mercado le ofrece.

2.1. La Situación en Chile

Y sobre Chile, ¿qué se puede decir? El modelo económico que Chile adoptó lo ha configurado como el único país en el mundo en que dada la coyuntura histórico-política, se instaura un modelo neoliberal que tuvo como elemento distintivo un nulo control ciudadano. Durante los gobiernos de la Concertación, efectivamente se desarrollaron muchas políticas sociales y se aumentó el gasto social de forma constante, pero esencialmente el modelo neoliberal impuesto por la dictadura se mantiene, aunque con matices dados por un mayor énfasis en lo social. Parafraseando a Gray tenemos un capitalismo medio malo, pero surge la pregunta ¿qué muestran nuestras tasas de encarcelamiento? Nos indican, ni más ni menos que nuestro país no se queda atrás respecto de lo que pasa en la nación que ha moldeado nuestras políticas económicas -sin llegar a sus niveles por cierto-. En efecto, según el ILANUD¹³⁵, Chile ocupa el primer lugar de Latinoamérica con 318 presos por cada 100 mil habitantes¹³⁶. Es cierto que el fenómeno en cuestión no puede ser totalmente explicado en referencia al sistema económico, pero algo nos muestra y no hay que subestimarlos.

Buscando otros elementos, nos encontramos con que las penas para los delitos contra la propiedad son bastantes severas, piénsese en los marcos penales de los delitos de robo, delitos de tráfico de droga. Ni hablar del adelantamiento de la barrera punitiva que se produce respecto de los primeros. En todo caso, el ambiente actual no es propicio para revertir la tendencia. Al discurso político de la seguridad ciudadana, se suma un sistema de Justicia Penal colapsado, Fiscales y Defensores con una enorme cantidad de causas que lisa y llanamente no dan abasto, generando un deficiente escenario para los tribunales. No es de extrañar que los reclusos por prisión preventiva vayan en aumento desde hace mucho tiempo.

Si a lo anterior, le sumamos el importante problema de marginación y exclusión social que padece nuestra sociedad, no hace sino reproducir el círculo vicioso. Un ejemplo es el enorme problema de drogadicción que induce a la denominada delincuencia funcional, esto es, aquélla en que el deseo de conseguir se transforma en uno de los móviles determinantes del delito.

Antes de pasar a analizar el Sistema Jurídico Penal Chileno, es interesante resaltar que el momento político de convulsión que vive el país es campo propicio

135 INSTITUTO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA PREVENCIÓN Y TRATAMIENTO DEL DELITO.

136 «Chile tiene la tasa más alta de encarcelados por habitante de Latinoamérica». Disponible en <<http://www.emol.com/noticias/nacional/2009/07/30/369515/chile-tiene-la-tasa-mas-alta-de-encarcelados-por-habitante-de-latinoamerica.html>> [última visita: 30 de octubre 2011].

para el discurso político que centrando su atención en el binomio ley-orden¹³⁷, se olvida de los problemas sociales, de las carencias que muchas veces son el más importante fermento criminógeno. En este sentido, cabe destacar las significativas palabras de Silva Sánchez, cuando señala que:

por lo que se refiere a las medidas estatales de política social, es evidente que en ciertas modalidades delictivas podría llegar a prescindirse de la intervención penal si se adoptaran aquéllas, siendo como son perfectamente factibles. Resulta, pues, claro que en relación con ellas se vulnera el principio de intervención mínima, por mucho que tal violación pretenda excusarse en razones presupuestarias¹³⁸.

3. El Sistema Penitenciario Chileno: breves observaciones y críticas

Desde hace mucho tiempo, el Sistema Penitenciario Chileno está en crisis. Sólo basta citar los informes de la Fiscal de la Excelentísima Corte Suprema y el séptimo Juzgado de Garantía de Santiago, en donde se da cuenta de las inhumanas e indignantes condiciones en que se encuentran muchos reclusos en Chile.

Ahora bien, si nos enfocamos desde la perspectiva de las obligaciones del Estado, el asunto en cuestión no resiste análisis, no sólo por las inconsistencias en la operatividad de los principios que informan la ejecución de las penas privativas de libertad¹³⁹, como por ejemplo el de Legalidad, Proporcionalidad y de Resocialización¹⁴⁰, sino porque además, como bien indica Carranza -para la realidad latinoamericana en general- las condiciones de hacinamiento producidas por la sobrepoblación penitenciaria, constituyen una violación de los Estados a lo señalado por el Pacto de San José y la Convención de la ONU sobre prohibición de tortura

137 Respecto del mencionado binomio, GARLAND nos indica que: *desde un principio, una característica clave del poder soberano: 'La imposición de la ley', era en ese marco, una cuestión de señorío y dominio político. Era el proceso a través del cual la voluntad soberana del rey se imponía contra la de sus enemigos y contra sus propios súbditos rebeldes e insubordinados. Sólo más tarde la imposición de la ley llegó a ser sinónimo del sistema estatal de aprehensión y castigo de los delincuentes. Nuestra moderna tendencia a pensar en la «imposición de la ley» como sinónimo del «control del delito» revela hasta qué punto nos hemos acostumbrado a pensar en el Estado como el mecanismo fundamental para enfrentar el delito.* GARLAND, David: Ob. cit., p. 72. Como se puede apreciar, el binomio ley-orden tiene el riesgo de estigmatizar a cierto sector de la población como los peligrosos e insurgentes, escudándose bajo el halo de santidad que tienen dichos términos.

138 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: Ob. cit., p. 248, nota 290.

139 En realidad informan las privativas de libertad, atendido el carácter estigmatizador de la sanción penal, el principio de reinserción social y el de proporcionalidad exigen disminuir al mínimo la negativa incidencia que ésta pudiera acarrear.

140 Cfr. CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta: *Derecho Penitenciario*. Tirant lo Blanch, 2ª edición, Valencia, 2006, pp. 26 y ss.

y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes¹⁴¹. A continuación, examinaremos algunas de las valoraciones del fenómeno por parte de los altos tribunales de justicia.

3.1. ¿Qué dicen nuestros tribunales superiores?

Respecto del tema que nos convoca, hay dos fallos que pueden ejemplificar la postura de nuestros tribunales frente a la cuestión penitenciaria, principalmente relativa a la situación general de hacinamiento y malas condiciones, y respecto a la reinserción social.

La Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, conociendo de un Recurso de Protección¹⁴² interpuesto por la Fundación Paternitas, en favor de los reos de la calle 11 de la Ex Penitenciaría de Santiago, por vulneración al Artículo 19 n° 1 de la Constitución, atendidas las condiciones de insalubridad, hacinamiento y el hecho de que estaban muchos reos durmiendo a la intemperie, deduce dicho recurso en contra de Gendarmería y el Ministerio de Justicia. La Corte de Apelaciones en su considerando segundo dijo:

Que, no obstante, las situaciones denunciadas, en concepto de esta Corte, exceden el ámbito propio del recurso de protección que contempla el Artículo 20 de la Constitución Política de la República. Desde luego, y tal como ya lo ha señalado en otros recursos este Tribunal de Alzada, debe partirse del reconocimiento general que hacen en sus informes las autoridades recurridas, de la situación deficitaria al interior de las cárceles, constatadas por lo demás en las correspondientes visitas que a estos centros efectúan tanto jueces como fiscales. Pero esta situación no es coyuntural, se arrastra de épocas pasadas y si bien corresponde al Estado velar por mejorar esas condiciones, deben tenerse en cuenta que las necesidades de un país en vías de desarrollo son múltiples y los recursos son siempre limitados, de modo que son muchas las áreas que requieren de mayores inversiones, lo que ciertamente es atribución del Gobierno en conjunto con el Congreso, priorizar y fijar como política general o sectorial. De manera que, no es posible referir las señaladas situaciones que originan estos recursos, a un acto u omisión preciso y determinado que, por tanto, pueda dar lugar a la adopción de medidas judiciales concretas tendientes a superarlas.

Como se puede apreciar en el citado Considerando, el tribunal de alzada, reconoce que se trata de una situación estructural, y aluden a la escasez de recursos de un país en vías de desarrollo que le impide hacer frente a todas las demandas que se dan en el seno de su sociedad. En este orden de cosas, y a pesar de reconocer el hecho de las paupérrimas condiciones carcelarias, la Corte opta por no inmiscuirse en lo que a juicio de ellos, sería una intromisión en el presupuesto de

141 Cfr. CARRANZA, Elías (coordinador): *Justicia Penal y sobrepoblación penitenciaria*. Siglo Veintiuno editores en coordinación con el ILANUD, México DF, 2000, p. 7.

142 Rol n° 3.333-2006, que rechazó la acción deducida, y que fue confirmada por sentencia Rol n° 769-2007 de la Corte Suprema.

gobierno. En lo anterior subyace aquel argumento en contra de la exigibilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en orden a que al Poder Judicial no le corresponde disponer del presupuesto del Ejecutivo, ni diseñar políticas sociales, en este caso, penitenciarias.

En otro interesante fallo, la Corte de Apelaciones de Temuco hace un reconocimiento explícito de la finalidad de reinserción social, al rechazar un recurso interpuesto por la comunidad educativa del Colegio San Francisco, quienes al tomar conocimiento de la implementación por parte del Servicio de Salud Araucanía Sur de un centro de internación para imputados, colindante con el gimnasio del colegio de la citada comunidad educativa interpusieron un Recurso de Protección. La acción arbitraria e ilegal por parte del Servicio consistía, según los recurrentes, en una vulneración de la garantía constitucional del Artículo 19 n° 1 y el principio del interés superior del menor. La lógica de los recurrentes no hace sino reproducir la estigmatización social que provoca el Sistema Penal. La Corte de Apelaciones de Temuco rechazó el recurso precisamente por consideraciones de política criminal que tienen que ver con la reinserción social, en efecto en su Considerando cuarto, el fallo señala:

(...) hay que observar seriamente cuál es la visión que al niño o al joven se le va a dar de la sociedad. Integral, esto es, que es parte de una sociedad con sus luces y sombras. O bien parcial, en cuanto existe un mundo hostil en un lado y amable en la otra orilla. En esta perspectiva la Convención de los Derechos del Niño, tanto en el Preámbulo, que expresa que el niño debe estar preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad. Reiterando estos valores en los Artículos 28 y 29 de la citada Convención, a propósito de la educación que debe darse al niño. En esta línea debe entenderse el Artículo 3 de este texto, en cuanto el interés superior del niño, debe llenarse de este contenido y no de un interés particular de un adulto (...).

Lo interesante en esta sentencia es que, a pesar de que el interés superior del menor no está protegido por el Recurso de Protección, aun así deciden pronunciarse dando un mensaje muy claro. En definitiva, según el Considerando citado, se trata de incluir y no de excluir a los presos. Corroborar todo lo dicho el Considerando séptimo de la sentencia en comento, cuando señala:

(...) Como ya lo ha reiterado esta Corte en otros recursos de protección, no puede la sociedad establecer algún tipo de segregación que perjudique la readaptación y un ambiente amigable para con aquellas personas que en algún momento de su vida han cometido una infracción¹⁴³.

143 Recurso de Protección Rol n° 1087-2008. Sentencia Rol n° 1910-2008, confirmada por sentencia Rol n° 8054-2008 de la Corte Suprema.

3.2. *La regulación de la ejecución de la pena en Chile y deuda con el principio de legalidad*¹⁴⁴

En Chile, respecto al ámbito normativo propiamente tal de la ejecución de la pena, tenemos un importante déficit, pues no existe una ley de ejecución Penal. Como no contamos con ella, la ejecución de la pena en Chile se rige por el Reglamento Penitenciario promulgado mediante decreto supremo n° 518 de 1998¹⁴⁵, que establece una serie de derechos y obligaciones de los reclusos, a la par que formula una serie de declaraciones en orden al respeto de los Derechos Humanos de los privados de libertad. Es inevitable no experimentar cierta dosis de escepticismo, debido principalmente a la situación estructural descrita en el segundo acápite del presente ensayo y reconocida por nuestros tribunales superiores que, actúa como condición que dificulta la operatividad del Derecho Penitenciario. Entiendo que éste último no sólo se refiere al ámbito regulativo de la pena, en tanto cuanto cumplimiento efectivo de la misma, sino que además tiene que ver con la plena vigencia en los hechos de los Derechos Fundamentales que le asisten a los reos y la reinserción social de los mismos.

Muy importante es para estos fines el principio de legalidad, pues éste no sólo se refiere a la tipificación de las conductas que serán consideradas delitos sino que se mantiene vigente a lo largo de la ejecución de la pena. Respecto a esto se nos plantea un primer problema, pues como reza el conocido apotegma *no hay crimen no hay pena sin ley*, entonces a la vista del Principio de Legalidad Penal¹⁴⁶ resulta problemático constatar que a nivel de potestad reglamentaria se pueda imponer otras sanciones, pues, la legalidad de las penas impone que es la ley la que determina la forma de cumplimiento de la misma, y no se podría según esta perspectiva imponer vía administrativa sanciones como aislamiento, como la contempla nuestra normativa penitenciaria; es evidente también el problema a nivel del derecho fundamental a un Debido Proceso, pues ¿qué esperanzas tiene el reo de poder desvirtuar los cargos que le formula la Administración en un contexto tan precario como nuestra realidad penitenciaria? Se ha señalado que existe una:

(...) escasez de mecanismos para cuestionar las decisiones tomadas por las autoridades penitenciarias en torno de la concesión de beneficios así como de las sanciones provocadas por el incumplimiento y quebrantamiento de beneficios, dado que el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios no establece ningún procedimiento especial para tal fin. Es preciso promover la

144 Deuda que al parecer tiene visos de querer ser saldada. En efecto, desde el 2005 existe en tramitación legislativa un anteproyecto de ley de ejecución penal.

145 El cual viene a representar un esfuerzo por adaptar el derecho interno a las exigencias que respecto al tratamiento de los reclusos impone el Derecho Internacional.

146 También crítico en este sentido se muestra Valenzuela, cuando señala como prioritario para una reforma penitenciaria, una Ley de Ejecución Penal. Cfr. VALENZUELA, Jonathan: «Estado actual de reforma al sistema penitenciario en Chile». En *REJ – Revista de Estudios de la Justicia*, n° 6, Año 2005, p. 9.

*regulación de este aspecto a fin de que el sistema se adecue a los principios y garantías incorporadas en el nuevo modelo procesal penal*¹⁴⁷.

Lo anterior no deja de ser contraproducente pues, no sólo se da la posibilidad de sanciones por la vía administrativa, llamadas faltas disciplinarias, sino que además, el mismo Reglamento Penitenciario contempla beneficios cuyo *thelos* básico apunta a la reinserción gradual del sujeto, a la par que establece todo un sistema de sanciones. Que lo anterior dependa de la autoridad administrativa, induce a pensar en una peligrosa falta de objetividad, sobre todo cuando se trata de reos reincidentes. Sólo basta citar alguna de las faltas consideradas más graves: Artículo 81 letras g), h), i), j) k) que respectivamente establece:

1. Privación hasta por una semana de toda visita o correspondencia con el exterior.
2. Revocación de permisos de salida.
3. Privación hasta por un mes de toda visita o correspondencia con el exterior.
4. Aislamiento de hasta cuatro fines de semana en celda solitaria, desde el desencierro del sábado hasta el encierro del domingo.
5. Internación en celda solitaria por períodos que no podrán exceder de 10 días.

Como se puede apreciar se trata de castigos bastante graves que se producen en un contexto de evidente peligro de parcialidad por parte de quien impone dichos castigos, además de vulnerar claramente el principio de legalidad penal, pues en los casos de la letras j) y k), se altera la modalidad de cumplimiento de la pena.

En relación a las actividades de reinserción social que contempla el citado Reglamento, destaca el carácter progresivo de aquéllas, y se establecen actividades educativas, recreativas y culturales, junto con un sistema de lo que podría denominarse recuperación gradual de la libertad, lo que incluye un régimen de salidas, que pueden ser diarias, dominicales, al medio libre. Sin embargo, el Artículo 109 señala que:

Antes de la concesión de cualquiera de los permisos de que trata este Título, deberán analizarse por el Consejo Técnico, cuando corresponda, y en todo caso por el Jefe del Establecimiento, los antecedentes que lo ameriten: la gravedad de la pena asignada al delito; el número de delitos que se le imputaren y el carácter de los mismos; la existencia de procesos pendientes; el hecho de encontrarse sujeto a alguna medida cautelar personal y la existencia de condenas anteriores cuyo cumplimiento se encontrare pendiente, atendiendo a la gravedad de los delitos de que trataran, y en general cualquier referencia relativa a la confiabilidad del beneficiario que permitan presumir que no quebrantará su condena.

147 ESPINOZA, Olga; VIANO, Carolina: *El desafío de la libertad: proceso de concesión de beneficios intrapenitenciarios para la reinserción social*. Ediciones Sociedad de Hoy, Santiago, 2008.

Entonces, si las actividades de reinserción dependen de consideraciones como las que el citado Artículo expresa, es evidente que se da un amplio margen a la autoridad administrativa para que niegue permisos de salida, como sería el caso de: la gravedad de la pena asignada al delito, pues, hay delitos cuyos marcos penales abstractos per se ya son altos, como por ejemplo, el robo con violencia e intimidación, y delitos que contempla la ley de drogas.

No mucho mejor es el panorama que se da respecto a la Ley n° 19.856 del año 2003 que crea un sistema de reinserción social sobre la base de observación de buena conducta. Éste se concretiza en rebajas de condena, lo cual es bienvenido para un sistema tan colapsado, sin embargo, la cobertura de este beneficio se vuelve escasa, debido principalmente a que su Artículo 17 señala que los beneficios contemplados en esta ley no tendrán aplicación alguna cuando se trate, entre otros casos, a los condenados con alguna de las agravantes del Artículo 12 n° 15 y 16 del Código Penal, es decir, que sean reincidentes. Considerando la gran cantidad de reincidentes que ostenta nuestro sistema penal, se comprende la insuficiencia de la citada ley.

4. Conclusiones

Se ha tratado a lo largo del presente trabajo sobre las condiciones fácticas y normativas, que confabulan para dificultar la operatividad del Derecho Penitenciario y la reinserción o vuelta a la sociedad de personas que, por motivos que exceden el ámbito del sistema penal, ingresan a éste haciéndose *clientes frecuentes*. Como ya he señalado, existe una estructura que posibilita una tendencia a aumentar la tasa de encarcelamiento, realidad a la cual nuestro país no escapa, pues siendo heredero de una forma de Estado que es sindicado como productor de exclusión social, no es de extrañar la tendencia que se reproduce en nuestro sistema persecutorio penal.

Mediante el instrumental jurídico, se puede lograr, por un lado, la disminución de la sobrepoblación carcelaria, y por otro, la finalidad resocializadora que indudablemente debe tener la pena, como se pudo apreciar los beneficios de salida, quedan muy supeditados a supuestos como reincidencia y gravedad de los delitos, siendo que la gran mayoría de los presos en Chile no calzarían con el perfil penológico que la normativa establece a fin de poder concretar progresivamente la reinserción. Además del deficiente proceso de concesión de beneficios, que no cumple con el núcleo esencial del debido proceso.

Por último, sería bienvenido, una mayor celeridad en la tramitación del anteproyecto de ley de ejecución penitenciaria que además con la inclusión de un Juez de ejecución, sería la oportunidad para saldar la deuda que un Estado de Derecho que se precie de tal, no puede permitirse mantener vigente.

UNA APROXIMACIÓN AL REGISTRO DE ADN: ¿VULNERACIÓN A LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES?

Karen Tapia Villa¹⁴⁸

1. Introducción

La Ley n° 19.970 que crea el Sistema Nacional de Registros de ADN¹⁴⁹ (D.O. 6 de octubre de 2004) entró en vigencia el 25 de noviembre de 2008 al ser publicado el Reglamento respectivo para su implementación.

Este registro está constituido sobre la base de las huellas genéticas determinadas con ocasión de una investigación criminal (Artículo 1).

La finalidad de este registro radicaría en el cotejo de la huella genética con algunas de las contenidas en el SNRADN en el marco de un procedimiento penal, debiendo el Servicio Médico Legal (SML) emitir un informe que dé cuenta de la pericia y del resultado (Artículo 13).

El SML es el organismo de la Administración destinado a ingresar esta información al SNRADN, y el Servicio de Registro Civil e Identificación es el encargado de la administración y custodia del sistema (Artículo 1).

Las implicancias que el ingreso de esta información genética a algunos de los cinco registros que conforman el SNRADN son diversas. En el ámbito de las garantías, podría verse afectado el derecho a la privacidad (Artículo 19 n°4 CPR y tratados internacionales ratificados por nuestro país) o a la intimidad de las personas.

Por otro lado, el registro del material genético constituye, en principio, una herramienta útil para efectos de la persecución penal y de la verificación de pruebas aportadas a la investigación. Las políticas gubernamentales de turno dirigidas a la prevención de la delincuencia, y a una efectiva disminución de la ‘puerta giratoria’, incentivan la proliferación de estos registros, pues *prima facie* pareciera ser un ingrediente de la panacea jurídica para reducir las tasas de la delincuencia y aumentar la sensación de seguridad de los ciudadanos en general.

Aunque es la misma Ley n° 19.970 la que viene a prevenir que (...) *bajo ningún supuesto el Sistema podrá constituir base o fuente de discriminación, estigmatización, vulneración de la dignidad, intimidad, privacidad u honra de persona alguna* (Artículo 2, inciso segundo), en la práctica la realización de los exámenes

148 Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, UAH. Actualmente se desempeña en el Área Jurídica de la Secretaría General de la Universidad Alberto Hurtado.

149 En adelante SNRADN.

corporales para la obtención de la huella genética bajo el supuesto de una investigación criminal de determinados delitos, puede significar una desprotección a los datos personales¹⁵⁰, específicamente a los datos sensibles de una persona, pues la obtención de la huella genética de cada persona permite obtener información codificante que la distingue de otra y que la configura como tal¹⁵¹.

2. EL ADN

Es necesario -previo análisis de la normativa en comento- describir someramente qué es el ADN y consecuentemente, qué es lo que ‘contiene’ o lo que permitiría obtener como información sensible de una persona.

El ADN (ácido desoxirribonucleico) es *una macromolécula maestra en las que están codificadas instrucciones que requieren las distintas clases de células para producir diferentes proteínas*¹⁵².

En el material del ADN puede distinguirse dos especies: el ADN codificante y el no codificante.

El codificante o expresivo se refiere a *fragmentos de ácido nucleótido que determinan (...) a los diferentes genes que definirán las características de las personas a través de la síntesis proteica, indicando la secuencia de los aminoácidos de las proteínas que codifican y el grado de expresión del gen en cada tejido y en cada tiempo*¹⁵³.

Este ADN codificante no es relevante para fines de identificación de individuos. A contrario, generan una información excesiva e íntima de la persona, que involucraría una afectación a sus derechos de personalidad si es que no cuenta con su consentimiento expreso para la incorporación a un registro de este material.

El ADN no codificante resulta ser el material genético adecuado para la identificación de individuos, pues a excepción del caso de gemelos univitelinos,

no existen dos personas que tengan la misma secuencia de bases en el ADN (...) la medicina forense utiliza esta parte del ADN para generar la huella genética, por ejemplo, a través de técnicas como la southern-blotting o hidratación, basada en el análisis de fragmentos de longitud polimórfica que reproducen bandas semejantes a un código de barras, o la polymerase chain

150 En atención a los contenidos tratados por la Ley n° 19.628 sobre la protección de la vida privada de las personas.

151 Este trabajo no pretende hacer un estudio acabado sobre cada una de las materias relevantes (derecho a la intimidad, protección de datos personales), pues esto requeriría una profundización y tratamiento mayor de cada uno de ellos. Al menos, se espera poder enunciar las ideas principales.

152 HERRERA, Rodolfo: Los registros de ADN y los derechos constitucionales: ¿cómo esquivar sin despellejar? Disponible en «<http://www.ieid.org/congreso/ponencias/Herrera%20Bravo,%20Rodolfo.pdf>» [última visita: 10 de noviembre 2011].

153 HERRERA, Rodolfo: Ob. cit., p. 10.

reaction que permite reproducir o amplificar el ADN a partir de muestras corporales mínimas.

Durante la tramitación legislativa del proyecto de ley, se presentaron ante la Comisión de Constitución del Senado algunas opiniones de carácter científico representativas de determinadas organizaciones. Entre ellas, la opinión de la dra. Carmen Cerda, Secretaria de la Sociedad Chilena de Medicina Legal, Forense y Criminalística, quien afirmó que

el examen de ADN es de carácter complementario, es decir, por sí sólo no resulta concluyente, y en consecuencia, si no existen otros antecedentes de tipo criminalístico, sólo servirá para descartar determinadas hipótesis y no para afirmarlas. Por lo mismo, si se pretende crear un registro de personas que ya han delinquido, para luego efectuar un análisis comparativo frente a alguna nueva transgresión, es preciso tener en cuenta que no estarán incluidas todas aquellas personas que delinquen por primera vez, de las cuales no se tendrá ningún antecedente.

Por otra parte, la dra. Pilar Carvallo, representante de la Facultad de Ciencias Biológicas de la Universidad Católica, consignó en el Informe de la Comisión que:

si, efectuado un examen con las precisiones que ha señalado¹⁵⁴, se garantizaría que sólo se va a poder obtener la identidad de la persona y ningún otro dato biológico adicional, [la doctora Carvallo] expresó que ello sería así, y por ello sería partidaria de consagrar en la ley que deben emplearse marcadores genéticos, del tipo STR, de tetranucleótidos, en vez del concepto de ADN no codificante (...).

Las opiniones científicas vertidas ante la Comisión de Constitución del Senado coinciden en que el ADN constituye una herramienta útil para la identificación de participantes en la comisión de los delitos, especialmente en aquellos que atentan contra la indemnidad sexual (violación, abusos sexuales). Sin embargo, ciertas opiniones¹⁵⁵ alertan sobre las implicancias que tienen las investigaciones realizadas

154 SENADO. Primer Informe Comisión de Constitución: *A modo de introducción, consideró necesario recordar la estructura del cromosoma, y su relación con el ADN. El cromosoma es la organización del ADN que cada ser humano tiene en sus células. El ADN está empaquetado junto con proteínas, formando estructuras que se llaman cromosomas. Así protegido y empaquetado, el ADN es heredado de generación en generación. Todo individuo de la especie humana posee 23 cromosomas en duplicado, los autosomas (numerados del 1 al 22), y los cromosomas sexuales, X (en duplicado en el caso de las mujeres) y el cromosoma Y (en el caso de los hombres) (...) surge la necesidad de identificar cuáles son las regiones de ADN no codificante que son necesarias para fines de identificación. Las que prestan utilidad para estos fines son aquellas regiones que tienen características de variabilidad dentro de la población. Hay dos tipos: los llamados loci de minisatélite y los loci de microsatélite [loci STR] (...) Consultada por la Comisión, aclaró que el estudio de los loci STR para identificación genética se basa en la determinación del número de veces que está repetida una secuencia de ADN en una región determinada del genoma, y no en leer su secuencia.*

155 El Presidente de la Sociedad Chilena de Medicina Legal, Forense y Criminalística, dr. Alberto Teke, manifestó que (...) *no hay evidencia suficiente que permita para afirmar que el ADN no codificante*

en este campo, pues se ha intentado establecer si existirían algunas relaciones entre la configuración genética de las personas y sus propias conductas.

Esta prevención se basa en que el ADN contiene información relevante sobre cada persona que podría generar, no sólo en el ámbito de la investigación penal, un cuestionamiento a la intimidad y privacidad que invade a cada persona. Es en este sentido que el dr. Ariel Orellana, Presidente de la Sociedad de Biología de Chile, expresó ante la Comisión:

(...) los análisis de ADN pueden revelar aspectos muy íntimos de las personas, como, por ejemplo, caracteres genéticos que estigmaticen o permitan la discriminación en distintos ámbitos, aspecto de suyo delicado y que debiera ser tratado en profundidad. En países como Estados Unidos e Inglaterra, este tipo de leyes han sido cuestionadas por defensores de los derechos civiles, y uno de los aspectos que se ha rechazado es que den inicio a una suerte de empadronamiento genético, que puede tener fuertes repercusiones en la sociedad. Debido a lo anterior, es importante clarificar de la mejor forma posible quiénes serán sujetos a este tipo de análisis, aun cuando ello sea un tema de índole jurídico que escapa a su competencia.

3. Los Registros del SNRADN y la incorporación de una huella genética

El SNRADN está compuesto por cinco registros:

1. Registro de Condenados
 2. Registro de Imputados
 3. Registro de Evidencias y Antecedentes
 4. Registro de Víctimas¹⁵⁶
 5. Registro de Desaparecidos y sus Familiares
- Estos registros requieren para su constitución una toma de muestras biológicas. La Ley n° 19.970 se remite a las disposiciones procesales penales para estos efectos con las correspondientes distinciones para el caso de los imputados, condenados, víctimas, desaparecidos, familiares. Estas muestras biológicas que permitirán obtener la huella genética¹⁵⁷, se incorporan a los

sirva sólo para fines identificatorios (...) la información genética involucra aspectos de la vida del individuo ajenos al ámbito criminalístico y compromete además a sus descendientes, al ser heredable.

156 El único registro que contempla la posibilidad de que una persona se oponga al ingreso de su huella genética es el de las víctimas, en los demás no se prevé esta alternativa al oponerse.

157 Ley n° 19.970. Artículo 1: (...) *la huella genética es un registro alfanumérico personal elaborado exclusivamente sobre la base de información genética que sea polimórfica en la población, carezca de asociación directa en la expresión de genes y aporte sólo información identificatoria.*

registros de acuerdo a las propias disposiciones de esta ley. Al respecto, se puede señalar sucintamente que:

- En relación a los imputados, según el Artículo 16, la incorporación de su huella genética al correspondiente registro se hace por orden del Tribunal competente. Para determinar la huella genética de los imputados, se deben observar las normas del Código Procesal Penal (CPP). El Artículo 197 del CPP contiene el procedimiento que se aplica a las exámenes personales que se han de llevar a cabo con el imputado, con la salvedad que causare menoscabo para la salud o dignidad del interesado. En el caso que la persona se negare a realizar dichos exámenes, el Ministerio Público (MP) puede solicitar la autorización para su realización al juez de garantía, quien decidirá de conformidad a lo planteado por el MP, y cautelando también la dignidad del interesado. En el evento de acceder a tal autorización, ésta podría llegar a practicarse por la fuerza.

Además, el Artículo 17 de la ley referida, aborda la situación en que un imputado sea posteriormente condenado por alguno de los delitos establecidos en esta norma (*los previstos en los artículos 141, 142, 150 A, 150 B, 296 N°s. 1 y 2, 313 d, 315, 316, 348, 352, 395, 396, 397 N° 1, 401, 403 bis, 433, 436 inciso primero, 440, 474, 475, 476, y 480 del Código Penal; los previstos en los Párrafos 1°, 5°, 6° y 7° del Título VII y 1° y 2° del Título VIII del Libro Segundo del Código Penal, y elaboración o tráfico ilícitos de estupefacientes o delito terrorista*). Si así sucediere, se debe incorporar su huella al registro de condenados, eliminándola del registro de imputados. Cuando el imputado no sea condenado por estos delitos, su huella deberá eliminarse del SNRADN.

- Respecto de los condenados, además de la posibilidad de ingreso de huellas genéticas desde el registro de los imputados (situación del Artículo 17), se contempla el caso en que no se hubiere obtenido la huella en el proceso penal. Será el tribunal el encargado de ordenar su determinación en la sentencia condenatoria¹⁵⁸. Para aquellos condenados que no estuvieren recluidos, será Gendarmería quien deberá comunicarles el lugar y la oportunidad en que deberán proporcionar su muestra biológica, *bajo apercibimiento de informar al tribunal respectivo sobre el incumplimiento de esta obligación* (Artículo 1 transitorio, Ley n° 19.970).
- Los Artículos 8 y 9 versan respectivamente, sobre las huellas genéticas correspondientes a las víctimas, durante el curso de un procedimiento penal; y aquellas pertenecientes a personas no identificadas, a las de cadáveres o

158 Cfr. Ley n° 19.970. Artículo 1 transitorio: Tratándose de los condenados por delitos contenidos en el Artículo 17 con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley n° 19970, se estableció que será el Servicio Médico Legal el organismo que deberá determinar la huella genética de los que se encontraren cumpliendo condena previa extracción de la muestra biológica respectiva en los establecimientos en que estuvieren internados.

restos humanos no identificados, al material biológico presumiblemente proveniente de personas extraviadas, y a las de familiares de personas desaparecidas donadas voluntariamente para efectos de la identificación de aquellas. En todos estos casos, serán incorporadas a los registros que correspondieren por orden del Fiscal respectivo.

4. Algunas notas del derecho a la privacidad y datos personales

El derecho a la intimidad está amparado en el Artículo 19 n° 4 de la CPR, el cual asegura el respeto y protección a la vida privada, expresión más amplia que intimidad, *ya que aquélla es genérica y comprende a todo lo que no es o no queremos que sea de general conocimiento, sin necesidad de que sea íntimo*¹⁵⁹. Tampoco es sinónimo de privacidad, ésta es de mayor extensión y definida por la RAE como el ámbito de la vida privada que se tiene derecho a proteger de cualquier intromisión¹⁶⁰.

Cabe destacar que en el ámbito del derecho internacional, el Artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos señala que *nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su correspondencia, ni de ataques a su honra o su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques*".

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles, contempla en el Artículo 17.1 y 17.2: 1. *Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.* 2. *Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.* En el mismo sentido lo señala el Artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Doctrinariamente, se pueden distinguir distintas clases al interior del derecho a la intimidad:

(...) en Alemania, Hubmann propuso la Sphärentheorie compuesta por el concepto de intimsphäre, referido a la esfera de lo secreto y que se lesiona cuando llegan al conocimiento de los demás hechos o noticias que deben permanecer ocultas o cuando éstas se difunden; el de privatsphäre, que protege el ámbito de la vida personal y familiar; y el de individualsphäre, que alude a todo lo que atañe a la peculiaridad o individualidad de la persona. No obstante, esta teoría, ampliamente difundida en Europa y Estados Unidos, presenta un problema advertido, entre otros, por Morales Prats, quien sostiene que estas esferas en realidad se comunican y por medio del consentimiento de su

159 HERRERA, Rodolfo: Ob. cit., p. 8.

160 Cfr. *Ibidem*.

*titular los componentes de la zona de secreto pueden pasar a formar parte de las relaciones de confianza, o bien éstas pasar a la esfera privada*¹⁶¹.

Dado que el derecho a la intimidad¹⁶² supone la existencia de una esfera de protección frente a los demás, como de un derecho abstracto a mantener reservado el ámbito más próximo de la vida privada y familiar que se formula como reacción al perfeccionamiento de las tecnologías de la información, supone también que no se revelen ni se difundan datos o hechos de la vida privada, el reconocimiento de la intimidad corporal, que se reconozca un espacio de autonomía personal donde los demás no puedan entrar, y la autodeterminación informativa.

En este contexto, hay que entender el derecho a la intimidad no sólo como un derecho que debe ser protegido frente a invasiones, sino como una esfera de autonomía y de autodefinición personal. En este sentido, los análisis genéticos permiten acceder a los datos biológicos más profundos y secretos del ser humano, es evidente entonces, que su uso invade la intimidad, pues es una zona que anhelamos mantener en la reserva propia, aislándola del conocimiento o intromisión de los demás. En el derecho alemán, se ha agregado por medio de una interpretación del Tribunal Constitucional federal, a la autodeterminación informativa, *que consiste en la posibilidad del individuo de «decidir básicamente por sí mismo cuándo y dentro de qué límites procede revelar situaciones referentes a la propia vida»*¹⁶³.

Una posible vulneración del derecho a la intimidad -distinguiendo entre un concepto restringido: intimidad corporal y otro más amplio: intimidad personal- podría presentarse en las situaciones de una intervención corporal, por ejemplo, una extracción de pelos, *probablemente no entre en el ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad corporal, ni, por lo tanto, llegue a vulnerarlo, en cambio, puede que sí ocurra respecto de la intimidad personal*¹⁶⁴.

Tradicionalmente el derecho a la privacidad se ha constituido en oposición al derecho a la libertad de información. Con el tiempo, las nuevas tecnologías de la información han desplazado este eje al contenido propio de dicho derecho: la protección de los datos personales. Se trata entonces de comprender además el derecho a *la integridad psíquica y moral de la persona*. De este modo, *se ha ido definiendo un contenido positivo de este derecho, el cual se entiende como derecho a controlar la información sobre uno mismo que se refiere a los sentimientos, sensaciones e ideas más reservados de una persona. Se trata justamente de que la persona tenga el control permanente y exclusivo de su información personal, sobre todo en cuanto ésta le permite tomar decisiones (como determinante de su*

161 HERRERA, Rodolfo: Ob. cit., p. 8.

162 Cfr. SÁNCHEZ URRUTIA, Ana: *Información genética, intimidad y discriminación*. Conferencia pronunciada en la XLV Reunión Anual de la Sociedad Argentina de Investigación Clínica, Mar del Plata, Argentina, 22-25 de Noviembre 2000.

163 HERRERA, Rodolfo: Ob. cit., p. 8.

164 HERRERA, Rodolfo: Ob. cit., pp. 8-9.

*identidad) y puede hacerlo objeto de discriminación, especialmente cuando se trata de información desacreditadora*¹⁶⁵.

Así entonces, en el campo del tratamiento de datos personales el ejercicio del derecho a la autodeterminación informativa supone tanto como conocer los bancos de información, el acceso a ellos, así como con la transmisión de lo conocido. El tratamiento de datos personales está regido por la Ley n° 19.628 sobre Protección de la Vida Privada, que contiene un conjunto de garantías que perfilan el derecho a la autodeterminación informativa en los términos descritos. Los datos genéticos quedarían comprendidos en lo que dicha ley trata como '*datos sensibles*'¹⁶⁶, y que, en cuanto tales, *no pueden ser objeto de tratamiento, salvo cuando la ley lo autorice, exista consentimiento del titular o sean datos necesarios para la determinación u otorgamiento de beneficios de salud que correspondan a sus titulares. Si el titular acepta que su información genética sea objeto de tratamiento, cosa que deberá hacer expresamente y por escrito, queda amparado por los derechos que le confiere la ley en cuanto titular de datos personales*¹⁶⁷.

Antes de la publicación de la Ley n° 21.120¹⁶⁸, nuestro ordenamiento no contemplaba expresamente una vulneración a la intimidad de los datos genéticos, y de todos modos al ser tratados como '*datos sensibles*' de acuerdo a la Ley n° 19628, se relacionaban con la confidencialidad, el secreto o el respeto a la privacidad de la información. Sin embargo, el desarrollo de las circunstancias y la posibilidad de las pruebas genéticas hacen que la intimidad genética sea invocada en relación con el derecho a controlar los datos personales. La autodeterminación informativa queda comprendida en la CPR, por cuanto se reconoce a la persona humana, su dignidad y los derechos que le son inherentes como valores prioritarios del orden jurídico y de la convivencia social, considerándolos bases de la institucionalidad y límite de la soberanía, en lo que dice relación con el Artículo 5 de la CPR. Asimismo, el principio de autonomía está reconocido en el Artículo 1 de la CPR, en tanto que las personas nacen libres, y esta libertad permite en este campo de la autodeterminación informativa, el consentimiento libre, previo e informado de la persona que quiera someterse a alguna intervención de índole genético¹⁶⁹.

165 MEZA-LOPEHANDÍA, Matías; SILVA, Hernando: Informe jurídico sobre Ley n° 19.970 y los derechos fundamentales afectados por su aplicación. Disponible en «http://www.observatorio.cl/sites/default/files/biblioteca/La_Ley_19970_ADN_y_los_derechos_fundamentales.pdf» [última visita: 10 de noviembre 2011].

166 Ley n° 19628, 28 de agosto de 1999: Artículo 2 letra g): *Datos sensibles son aquellos datos personales que se refieren a las características físicas o morales de las personas, tales como los hábitos personales, el origen racial, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual.*

167 PALAVECINO CÁCERES, Claudio: Ob. cit., p. 46.

168 Hoy, en virtud de esta ley, expresamente en los Artículos 4, 12, 13; se prohíbe una discriminación arbitraria basada en el patrimonio genético; además la información genética tiene el carácter de reservada y se le aplican normas acerca del secreto profesional; y la recopilación, almacenamiento, tratamiento y difusión del genoma de las personas se ajustará a las disposiciones de la Ley n° 19.628, sobre protección de datos de carácter personal.

169 Está reconocido el principio de autonomía en la Declaración Universal de la UNESCO sobre el Genoma

En relación al Artículo 10 de la Ley n° 19.628 se establece que no pueden ser objeto de tratamiento los datos sensibles, salvo las siguientes excepciones: cuando la propia ley lo autorice; el titular consienta en ello; o que se trate de datos personales necesarios para el otorgamiento o determinación de beneficios de salud que correspondan al titular.

Ahora bien, la información genética contenida en los registros de ADN presupone que aquel material sea un aporte para esclarecer la participación de los individuos en la comisión de los delitos, específicamente en aquellos que presenten ciertos vestigios biológicos. La mayoría de los delitos no dependen para su esclarecimiento de la información revelada a través del ADN. Cabe mencionar aquellos delitos que dicen relación con las amenazas, por ejemplo. Habría que ponderar cuál es la finalidad de incorporar las huellas genéticas a los registros en aquellos casos en que los delitos no adolecen de la gravedad necesaria para su ingreso al SNRADN, o que no se traducen en la producción de vestigios biológicos, o que no revisten una alta probabilidad de la reincidencia¹⁷⁰.

5. Palabras finales

Se podría considerar que en términos de justificar una afectación al derecho a la intimidad, no sería suficiente una regulación de la obtención del material genético para algunos de los delitos contemplados en el Artículo 17 de la Ley n° 19.970. Cabe recordar por ejemplo, que el delito de amenazas (Artículo 296 Código Penal) no generaría vestigios biológicos que permitiesen ‘justificar’ que una muestra de ADN aportare a la investigación para solicitar su incorporación al registro de imputados o al de condenados.

Por otro lado, el que la huella genética permaneciera en el registro indefinidamente o por una gran extensión en el tiempo, podría atentar contra la eventual reinserción de una persona condenada, debido a que constantemente estaría bajo la ‘sospecha’ del aparataje de persecución penal.

Por último, en el ámbito de las reivindicaciones territoriales del pueblo mapuche, se ha dado en la práctica en la zona de la Araucanía, una especie de presión a ciertos líderes -con su condena ya cumplida- con la finalidad de obtener una toma de muestra biológica. Esta situación atentaría contra la privacidad de los integrantes del pueblo mapuche, y contra las creencias espirituales de su cultura, sin perjuicio del contexto político en el que se ha planteado la problemática de las tierras y el pueblo mapuche.

Humano y los Derechos Humanos de 11 de noviembre 1997, en su Artículo 5.

170 Cfr. HERRERA, Rodolfo: Ob. cit., pp. 13-14. En la legislación comparada, en EEUU, esta práctica de obtener material genético se focaliza en los delitos sexuales, debido a la alta reincidencia de su comisión, alcanzando índices cercanos al 25%.

ASPECTOS RELEVANTES DE LOS PERMISOS DE SALIDA EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL

Victoria Martínez Placencia¹⁷¹, Claudia Méndez Morán¹⁷²

1. Presentación

Ante una realidad penitenciaria caracterizada por el hacinamiento y la vulneración de derechos, cabe preguntarse cuál es el sentido de la privación de libertad. El único texto legal que se refiere al fin de la pena en nuestro ordenamiento es el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios (en adelante, Reglamento), que establece que la privación de libertad busca un doble objetivo: reinserción social y custodia. El mismo texto señala como herramienta de reinserción los permisos de salida, mediante el cual los reclusos pueden volver parcialmente a la sociedad en libertad y desarrollar actividades de resocialización.

Estas medidas se encuentran en el medio de un conflicto inmanente de fines, entre la prevención especial negativa y positiva, y además, dentro de un contexto mediático que insiste en el discurso de la seguridad, como si ésta deviniera únicamente del encierro en prisión.

A partir de una breve explicación de los permisos de salida y del análisis de cuatro sentencias de Cortes de Apelaciones, en este artículo buscamos problematizar algunos de los aspectos más relevantes y contradictorios de los permisos de salida en nuestro sistema penitenciario. Estos son: el conflicto de fines de la pena existente en el Reglamento, la escasa flexibilidad en cuanto a los requisitos para optar a un permiso de salida, y la naturaleza de la decisión sobre la concesión, suspensión o revocación de los permisos de salida, y la posibilidad de ser controlada judicialmente.

2. Definición y características de los permisos de salida

Los permisos de salida son, según nuestro Reglamento, parte de las *actividades y acciones para la reinserción social*. El Artículo 96 señala además, que los permisos de salida son *beneficios* que se confieren *gradualmente* otorgando *mayores espacios de libertad*. Por esta razón, no son considerados derechos de los reclusos, sino medidas que dependen de la discrecionalidad de la autoridad penitenciaria.

171 Alumna de quinto año de la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado. Ayudante de Metodología de la Investigación Jurídica.

172 Alumna de quinto año de la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado.

Para nuestro sistema penitenciario los permisos de salida a que pueden optar los reos que cumplen con los requisitos pertinentes, son medidas de reinserción social por sí mismas, asumiendo que el mero abandono del recinto penitenciario importa un efecto resocializador. Sin embargo, para la doctrina comparada, específicamente Alemana, los permisos de salida son verdaderos instrumentos al servicio de actividades de reinserción, cuya función es permitir la realización en libertad de actividades que permitan al condenado dirigir su vida conforme a las leyes penales luego de la excarcelación.

En este artículo sostendremos que los permisos de salida permiten realizar acciones de reinserción social, tales como estudiar, trabajar, fortalecer lazos familiares y sociales, y es justamente esta funcionalidad lo que impide asignarles el rol de *recompensa* o *premio* por buen comportamiento, sino que, más bien, refuerzan su interpretación y otorgamiento de acuerdo al fin resocializador de la pena, presente en nuestro ordenamiento en el Artículo 1 del Reglamento.

Compartimos la definición de permisos de salida dada por la abogada Alicia Salinero, entendidas como *medidas de tratamiento que importan el abandono del recinto penitenciario, con o sin vigilancia, por un tiempo determinado según sea el tipo de salida, con el objeto que el recluso desarrolle actividades tendientes a su reinserción social*¹⁷³.

Los permisos de salida existentes en nuestro ordenamiento son cuatro: salida esporádica, dominical, de fin de semana y controlada al medio libre. El otorgamiento de estas medidas cumple un estricto orden de prelación, lo que significa que sólo cuando una salida es otorgada y cumplida satisfactoriamente el recluso puede optar a que se le otorgue un permiso con más tiempo en libertad. Esta exigencia de *gradualidad*, como veremos más adelante, pugna con las funciones de los permisos de salida, ya que por respetar este orden progresivo se impide a muchos reclusos iniciar su proceso de reinserción o aprovechar oportunidades de resocialización en el medio libre. Además, al ser establecidos *exclusivamente para la etapa previa a la libertad condicional, y como preparación a la excarcelación, no pueden otorgarse durante el inicio de la condena*¹⁷⁴.

Esta rigidez en el otorgamiento de permisos desconoce las particularidades de cada recluso y tiende a olvidar que el reo es sujeto de resocialización, y como tal, requiere de un tratamiento personalizado. Puede ocurrir que *dos sentenciados requieran, en una misma etapa de cumplimiento de la pena, de espacios de libertad diversos*¹⁷⁵.

173 SALINERO, Alicia: «Los permisos de salida en la legislación chilena». En *Informes en Derecho*, Centro de Documentación Defensoría Penal Pública, N° 4, Santiago, diciembre de 2008, p. 50.

174 SALINERO, Alicia: «Hacinamiento y afectación de derechos». En *93, la Revista de la Defensoría Penal Pública*, N° 5, Año 2, Santiago, mayo 2011, p. 47.

175 SALINERO, Alicia: «Hacinamiento...» Ob. cit., pp. 47-48.

2.1. Tipos de permisos de salida

a) Salida esporádica

Establecida en los Artículos 100 y siguientes del Reglamento. Consiste en el abandono del establecimiento penitenciario, con vigilancia, con el objeto de *visitar a parientes próximos o personas íntimamente ligadas, en caso de enfermedad, accidente grave, muerte* u otro hecho de naturaleza semejante. Este permiso no excede de diez horas.

De igual forma, es posible otorgar este permiso cuando el reo requiere realizar diligencias urgentes donde es imprescindible su comparecencia personal. En este caso el permiso no excede de seis horas. También puede otorgarse a los reclusos que han cumplido un tercio de su pena, y son propuestos por el Consejo Técnico como merecedores, a modo de *premio o estímulo especial*. Esto último refuerza la errada interpretación en nuestro sistema penitenciario de los permisos de salida, ya no sólo como beneficios, sino también como recompensas útiles a cualquier fin, menos a la resocialización de los internos.

b) Salida dominical

Establecida en el Artículo 103 del Reglamento, contempla el abandono del establecimiento durante el día domingo, sin vigilancia, por un máximo de 15 horas. En el Reglamento no se establece la finalidad específica de este permiso, por lo que en la práctica servirá para fortalecer vínculos familiares y sociales.

d) Salida de fin de semana

Se establece en el Artículo 104 del Reglamento, y procede una vez que se ha cumplido cabal y satisfactoriamente con el permiso dominical, durante 3 meses continuos. Permite al recluso salir del establecimiento penitenciario, sin vigilancia, desde las 18.00 horas del día viernes, hasta las 22.00 horas del día domingo. Tampoco en este caso se especifican los fines de este permiso, por lo que puede servir para fortalecer lazos familiares y sociales, así como para desarrollar trabajo remunerado.

e) Salida controlada al medio libre

Establecida en los Artículos 105 y 106 del Reglamento, consiste en el abandono del establecimiento, sin vigilancia, durante la semana por un máximo de 15 horas diarias. Tiene por objeto que el recluso asista a *actividades laborales, de capacitación laboral o educacional, a instituciones de rehabilitación social o de orientación personal*. El tiempo de permiso diario dependerá del tiempo requerido para realizar estas actividades.

2.2. *Requisitos para optar al permiso de salida*¹⁷⁶

a) *Consentimiento del condenado*

Este requisito no está expresamente establecido en el Reglamento, pero es evidente dado que el recluso es quien debe solicitar el permiso de salida, cumpliendo los demás requisitos.

b) *Cumplimiento de los plazos establecidos*

Para optar a cada permiso de salida, excepto la salida esporádica, es necesario cumplir con plazos de cumplimiento de condena. Para optar al permiso de salida dominical, el Artículo 103 señala que puede solicitarla el interno *a partir de los doce meses anteriores al día en que cumpla el tiempo mínimo para optar a la libertad condicional*. Este tiempo mínimo se establece en el Artículo 2 n° 1 del D.L. N° 321 sobre Libertad Condicional, y consiste en *haber cumplido la mitad de la condena que se le impuso por sentencia definitiva*. Por ejemplo, si un interno fue condenado a seis años de presidio mayor en su grado mínimo, una vez cumplido dos años de la pena podrá solicitar un permiso de salida dominical.

Para optar al permiso de salida de fin de semana, el Artículo 104 establece que puede solicitarla el interno que *durante tres meses continuos ha dado cumplimiento cabal a la totalidad de las obligaciones que impone el beneficio de salida dominical*. Es decir, un recluso que está a un año de optar a la libertad condicional, debe cumplir satisfactoriamente el permiso de salida dominical durante tres meses para optar al permiso de salida de fin semana. Lo anterior implica que para que un recluso obtenga este permiso, debe necesariamente haber solicitado una salida dominical.

Para optar al permiso de salida controlada al medio libre, o salida diaria, el Artículo 105 señala que el interno puede solicitarla *a partir de los seis meses anteriores al día en que cumpla el tiempo mínimo para optar a la libertad condicional*.

c) *Cumplimiento íntegro de las obligaciones del permiso anterior*

El Artículo 96 del Reglamento señala que *sólo el cumplimiento satisfactorio de las obligaciones que impone el uso provechoso del que se conceda, permitirá postular al siguiente*. De este modo, este requisito impone y reafirma el carácter gradual del otorgamiento de estos permisos, y hace más difícil que los reclusos aumenten sus espacios de libertad.

d) *Ausencia de peligro de abuso*

Para que el Alcaide conceda un permiso de salida debe presumir que el recluso *respetará las normas que regulan el beneficio y no continuará su actividad de-*

176 Esta sistematización de los requisitos de los permisos de salida fue obtenida de: SALINERO, Alicia: «Los permisos...» Ob. cit., pp. 64-72.

*lictiva*¹⁷⁷. Esto obedece a la doble finalidad de la pena en nuestro sistema penitenciario, ya que apunta a que junto con la posibilidad de reinserción se resguarde a la sociedad de la comisión de un nuevo delito. Según el Reglamento, se entiende que no hay peligro de fuga cuando:

- El interno participa en las actividades de reinserción social (Artículo 96).
- El interno presenta avances efectivos en el proceso de reinserción social, lo que es entendido como *conciencia del delito, del mal causado con su conducta y la disposición al cambio*, todo ello constatable por medio del informe psicológico (Artículo 97).
- El interno cuenta con *medios o recursos de apoyo o asistencia, sean familiares, penitenciarios o de las redes sociales* (Artículos 97 y 110).
- El interno ha observado *muy buena conducta en los tres bimestres anteriores a su postulación* (Artículo 110). La conducta a que hace alusión el Reglamento es aquella calificada por el Tribunal de Conducta, órgano establecido por el Reglamento de la Ley de Libertad Condicional¹⁷⁸, y que evalúa cada dos meses la conducta de los reclusos. Esta clasificación se realiza tomando en cuenta la conducta del interno en el patio y en la escuela, la asistencia a talleres y escuela, el aseo personal, y las *manifestaciones de su carácter, sus tendencias, educación y moralidad*. Por medio de estos criterios, el Tribunal califica la conducta como pésima, mala, regular, buena y muy buena. Cada una de estas calificaciones sólo puede aumentar en un grado cada bimestre¹⁷⁹.

e) Ausencia de peligro de fuga

El Artículo 109 del Reglamento establece que antes de conceder el permiso, el Alcaide debe analizar todos los antecedentes que le permitan presumir que el interno no quebrantará su condena. Esta presunción debe tomar en cuenta:

- La gravedad de la pena asignada al delito.
- El número de delitos que se le imputan y el carácter de los mismos.
- La existencia de procesos pendientes.
- El hecho de encontrarse sujeto a alguna medida cautelar personal.
- La existencia de condenas anteriores cuyo cumplimiento se encuentra pendiente.

177 Decreto n° 518, del Ministerio de Justicia, aprueba Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, Artículo 98 (D.O. agosto de 1998).

178 Decreto Supremo n° 2442, fija el texto del Reglamento de la Ley de Libertad Condicional (D.O. noviembre de 1926).

179 Sobre esta materia ver Artículos 5, 19, 20 y 21 del Reglamento de la Ley de Libertad Condicional.

f) Informe favorable del Consejo Técnico

El Artículo 98 del Reglamento establece que *la concesión, suspensión o revocación de los permisos* es una *facultad privativa del Jefe de Establecimiento*, sin embargo, sólo puede conceder los permisos cuando existe informe favorable del Consejo Técnico. Este Consejo es un organismo colegiado que asesora al Alcaide, el cual, a su vez, lo preside. El Consejo se conforma de oficiales penitenciarios, personal de vigilancia, profesionales y funcionarios a cargo de programas de rehabilitación¹⁸⁰. La función de este organismo es *articular las acciones de tratamiento de la población penal*, y dentro de esto debe emitir un informe sobre los postulantes a un permiso de salida. Se entiende que existe este informe cuando el Consejo Técnico se *pronuncia positivamente* acerca de la postulación.

Este organismo multidisciplinario debe evaluar, en sesión secreta, los criterios que señala el Reglamento para descartar el peligro de abuso y el peligro de fuga, analizando estos aspectos desde una perspectiva profesional e individualizada. En la práctica, la exigencia de este informe limita el poder discrecional del Alcaide, en pos de reducir los riesgos de abuso del permiso, ya que el Alcaide no podrá conceder el permiso a aquéllos que no cuenten con informe favorable, mientras que existiendo éste, el Alcaide puede discrecionalmente otorgarlo o no.

En definitiva, este conjunto de requisitos limita considerablemente la posibilidad de los internos a postular a permisos de salida, lo que se agudiza con la interpretación restrictiva y taxativa que hace la administración penitenciaria sobre los criterios de concesión. Esto se expresa, por ejemplo, en que sólo el 0,8% de la población penitenciaria goza de salida controlada al medio libre¹⁸¹, y no existe acceso a las razones de la denegación de un permiso de salida, ni tampoco de la evaluación realizada por el Consejo Técnico.

3. Análisis de jurisprudencia

En base a las características y requisitos de los permisos de salida, a continuación analizaremos cuatro sentencias de Cortes de Apelaciones y a partir de éstas, aspectos relevantes sobre estas medidas de tratamiento. Los casos son los siguientes:

1. Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol n° 269-2005, de 4 de abril de 2005. Recluso interpone recurso de amparo ya que cumpliendo una pena de presidio perpetuo, gozó de salida controlada al medio libre y cumplía su condena en el Centro de Educación y Trabajo de Osorno, hasta abril del 2000, cuando una orden ministerial dispuso que todos los condenados a penas de presidio perpetuo cumplieran sus penas en centros de alta seguridad. Debido al traslado, el interno perdió el permiso de salida.

180 Artículo 118 Reglamento de Establecimientos Penitenciarios (D.O. agosto de 1998).

181 Cfr. SALINERO, Alicia: «Hacinamiento.....» Ob. cit., p. 48.

2. Corte de Apelaciones de Talca, Rol nº 319-2010, de 24 de agosto de 2010. Recluso interpone acción de amparo en contra de la resolución dictada por el Alcaide donde se revocó el permiso de salida controlada al medio libre. Esta revocación se fundó en que el *penado dejó de cumplir con sus obligaciones*, presentando una actitud *refractaria*. En el recurso, el interno alega desproporcionalidad e ilegalidad de la medida revocatoria.
3. Corte de Apelaciones de Talca, Rol nº 460-2010, de 2 de noviembre de 2010. Interno deduce acción de amparo a fin de que la Corte le restituya el beneficio de salida dominical y los beneficios de reducción de condena que perdió debido a su formalización en una causa penal de microtráfico. Señala que estos hechos ocurrieron al interior del recinto penal, y que luego de la investigación el Tribunal Oral en lo Penal respectivo lo absolvió, declarando así su inocencia.
4. Corte de Apelaciones de Santiago, Rol nº 5.552-2010, de 23 de noviembre de 2010. Interno que cumple condena en el C.C.P Colina Uno, deduce acción de protección en contra del Alcaide del penal, ya que en diciembre de 2009 rindió la PSU obteniendo muy buenos puntajes, pudiendo optar a estudiar la carrera de Derecho en una universidad que además le otorgó una beca. En febrero de 2010, la hija del recluso solicita permiso de salida controlada al medio libre la que fue rechazada por no cumplir los plazos establecidos. En junio del mismo año la cónyuge del interno solicita nuevamente este permiso de salida, la cual fue rechazada aduciendo que este permiso *forma parte de una gradualidad por lo que sería necesario contar previamente con el beneficio de salida dominical*. Se deduce recurso de protección porque en el mismo recinto penitenciario hay otros internos que estando en la misma situación que este recluso, sí se le ha otorgado este permiso de salida aún sin cumplir con la gradualidad.

3.1. Permisos de salida y fines de la pena

Como bien sabemos, la medida de privar a una persona de su libertad a causa del quebrantamiento del orden social, o de la afectación de algún bien jurídico protegido por la ley, tiene como principal fundamento evitar que siga comportándose de forma contraria al ordenamiento jurídico. Pero luego ¿para qué lo encerramos? De aquí nace otra finalidad de la pena, cual es la resocialización del individuo; sustraer a una persona del medio libre para resocializarla, y para que, en definitiva, respete las normas y se mantenga la paz social.

Como ya señalamos, el Artículo 1 del Reglamento establece que la actividad penitenciaria tiene como fin primordial *tanto la atención, custodia y asistencia de detenidos, sujetos a prisión preventiva y condenados, como la acción educativa necesaria para la reinserción social*.

Al momento de conceder un permiso de salida, nos enfrentamos a una disyuntiva: si la pena busca, por un lado, la resocialización del individuo, y por otro,

custodiar al infractor para que no vuelva a quebrantar el orden social, ¿cuál de estos fines se debe privilegiar al momento de conceder un permiso de salida? ¿Cómo se conjugan ambos fines para obtener los resultados deseados? ¿Existen criterios para la ponderación de estos intereses?

Ni en la doctrina ni en la jurisprudencia existen criterios para tomar una decisión en casos particulares¹⁸², optando por lo general, y la jurisprudencia así lo confirma, por la prevención especial negativa. Al momento de decidir acerca de la concesión de un beneficio penitenciario, si no se está seguro de que el recluso no volverá a delinquir, se niega el permiso.

En el fallo de la Corte de la Corte de Apelaciones de Santiago Rol N° 5.552-2010 se rechaza el recurso de protección presentado por un recluso al cual le fue denegado el beneficio de salida controlada al medio libre para cursar estudios de pregrado en una universidad, aun cuando el Artículo 59 del Reglamento establece que *la Administración Penitenciaria incentivará, con fines de reinserción social, a que los internos efectúen estudios de enseñanza media, técnica o de otro tipo.*

A este respecto, la Corte señala que,

(...) el conceder al sentenciado recurrente el beneficio directo de salida controlada al medio, aun con fines de estudio, sin haber dado cumplimiento a las etapas previas que aseguren la eficacia de los propósitos culturales del interesado fuera del establecimiento carcelario (...) conllevaría un trato discriminatorio para toda la población penal que, conforme al régimen legal establecido, seguirán sometidos al procedimiento gradual antes indicado¹⁸³.

Estima la Corte que la gradualidad de los beneficios, de menos a más, es un mecanismo que asegura, de cierto modo, que el recluso se comportará adecuadamente en el medio libre. Por el contrario, si no se ha cumplido esta concesión gradual, presume que el interno no se comportará adecuadamente en el medio libre, es decir, abusará del permiso.

Existe en este fallo un voto disidente, el cual prefiere otorgar el permiso de salida controlada al medio libre, favoreciendo la resocialización del condenado, y al mismo tiempo, imponiendo controles adecuados de asistencia a clases para reducir el riesgo de abuso. Según su visión, tan apremiante es para el Reglamento el fin resocializador de la pena, que *en sus Artículos 96 y 97 se refieren en seis ocasiones a dicho concepto, lo que indica el valor supremo y la finalidad última del encarcelamiento del sentenciado¹⁸⁴.*

182 SALINERO, Alicia: «Los permisos...» Ob. cit., p. 55.

183 Sentencia de Corte de Apelaciones de Santiago. Rol n° 5.552-2010, de 23 de noviembre de 2010, Considerando 6°.

184 Sentencia de Corte de Apelaciones de Santiago. Rol n° 5.552-2010, de 23 de noviembre de 2010. Considerando 4° del voto disidente.

Si bien es cierto que el sistema penitenciario y las leyes que lo rigen dan a entender que los beneficios intrapenitenciarios han de ser desarrollados, pedidos y otorgados de manera progresiva, el disidente piensa que,

(...) una vez equilibrados los principios jurídicos, con los mandatos de un moderno Derecho Penal humanitario, en la situación particular del recurrente (...) se ha producido ya una preparación intelectual, que no obstante la dureza, estrictez y desventura (...) ha logrado sin embargo vencer este infortunio seguramente en la esperanza de hacer realidad y materia tangible las declaraciones éticas y programáticas de las leyes y de los reglamentos que preconizan y proclaman la elevación del hombre y su derecho a su mayor desenvolvimiento espiritual y material posible¹⁸⁵.

Este es, según nuestra opinión, un adecuado modo de entender o compatibilizar los fines contrapuestos de la pena en nuestro ordenamiento, sobre todo atendiendo a las particularidades de este caso. Creemos, sin embargo, que este juicio corresponde a la autoridad penitenciaria, que haciendo uso de su facultad discrecional, con mayor razón y fundamento debiera ponderar y considerar las especiales características de cada condenado y su propio proceso de resocialización. En este caso, si bien el recurrente no ha dado cumplimiento al requisito de progresividad, existen motivos suficientes que permiten prever que el otorgamiento del beneficio solicitado será de gran utilidad y provecho en su proceso de reinserción.

Según el Artículo 110 del Reglamento, en la consideración de los requisitos para optar a los permisos de salida, *deberán tenerse presente las circunstancias personales del interno y las características y recursos del establecimiento*. Esto permite que el Alcaide pueda por sí mismo, y sin esperar un control judicial posterior, supeditar la gradualidad en la concesión de permisos a la resocialización.

3.2. Permisos de salida y flexibilidad

El Reglamento, como ya hemos mencionado, tiene a nuestro juicio una interpretación práctica mucho más restringida que la que corresponde. A nuestro parecer, el fundamento de que las decisiones sobre los permisos de salida sean de facultad del Alcaide, es permitir una flexible aplicación del Reglamento que se adecúe a la realidad particular de cada caso, en atención a las especiales necesidades de reinserción de los reclusos, a su situación familiar específica, su relación con el medio social, red de apoyo, informes psicológicos, de conducta, etc.

Una interpretación armónica debiera conjugar perfectamente los lineamientos seguidos por el Reglamento y su finalidad; el Artículo 1 señala expresamente como *fin primordial tanto la atención, custodia y asistencia de detenidos (...) como la acción educativa necesaria para la reinserción social de los sentenciados a penas privativas de libertad o sustitutivas de ella*. El Artículo 2, por su parte, establece

185 Sentencia de Corte de Apelaciones de Santiago. Rol nº 5.552-2010, de 23 de noviembre de 2010. Considerando 6º del voto disidente.

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.

A mayor abundamiento, el Artículo 110 señala que *en la consideración de estos requisitos deberán tenerse presente las circunstancias personales del interno y las características y recursos del establecimiento*. Esto en relación a los requisitos exigidos en la concesión de los permisos de salida dominical, salida de fin de semana y salida controlada al medio libre.

Al realizar una interpretación armónica de todos estos preceptos reglamentarios, podemos afirmar que el interno tiene aún derechos fundamentales y el Estado tiene el deber de garantizarlos, así, existe la obligación de crear condiciones para su mayor realización espiritual y material posible, y en este caso en particular, las condiciones necesarias para la reinserción social del interno y su rehabilitación.

Los permisos de salida, más que un beneficio, constituyen un derecho del interno fundado en que sin la posibilidad de obtenerlos la reinserción social querida por el Reglamento es insostenible; es imposible esperar que un recluso que ha cumplido su condena íntegramente sin tener permisos de salida, y por tanto, alejado y aislado de la sociedad, esté en condiciones de comportarse de acuerdo a las normas sociales y legales. El proceso de resocialización debe vislumbrar, desde sus inicios, que se busca reinsertar al interno en el medio libre, por lo que restringir los permisos de salida y aislarlos de la sociedad para evitar el abuso o la fuga aumenta considerablemente los riesgos al momento de la excarcelación.

Si sostenemos que los permisos de salida son derechos de los reclusos, inmersos en su derecho a recibir herramientas para la reinserción social, la concesión de estos permisos debiera ser respetada y promovida por la administración penitenciaria y, los requisitos exigidos para la concesión de cada permiso debieran ponderarse con las *circunstancias personales del interno*.

Siguiendo este argumento, resulta incomprensible que, como hemos revisado, se niegue el permiso de salida diaria a un interno que obtiene un sobresaliente puntaje en la PSU y que obtuvo una beca para estudiar en la universidad. O que se revoque un permiso de salida porque el Consejo Técnico respectivo alude a una conducta *refractaria* del recluso. Incluso, que se revoque un permiso de salida que ya ha sido cumplido exitosamente, porque al recluso se le traslada a otro establecimiento penitenciario.

En definitiva, la justificación de que el otorgamiento de estos permisos recaiga en la autoridad más cercana al proceso individual de reinserción social, es justamente que a través de esta cercanía el Alcaide pueda recoger todos los antecedentes disponibles y ponderar de manera flexible todos los requisitos establecidos en el Reglamento. Creemos que gran parte de esta postura rígida deviene del propio texto legal, sin embargo, juega un rol importante el temor de la autoridad peniten-

ciaria a ser responsable de la fuga o la conducta delictiva de un recluso durante los permisos de salida¹⁸⁶.

3.3. Permisos de salida y discrecionalidad administrativa

Cabe destacar en este punto que los permisos de salida no han sido establecidos expresamente como derechos del interno, sino como beneficios intrapenitenciarios. Esto se debe a que aun cumpliendo con todos los requisitos necesarios, quien en definitiva decide si concede, suspende o revoca un permiso de salida es el Alcaide. Esta facultad, a nuestro juicio, tiene la naturaleza de una potestad administrativa de carácter discrecional. Potestad como poder-deber *finalizado*, que propende a un fin público, en este caso la reinserción social de los condenados a penas privativas de libertad, y que sólo en atención a este fin ha sido otorgado¹⁸⁷. Discrecional en cuanto el Reglamento señala quién otorga los permisos, y bajo qué criterios, pero deja en manos del Alcaide el juicio sobre el otorgamiento y no exige que esta decisión sea fundamentada.

La discrecionalidad supone pluralidad de alternativas, y en este caso, un sinnúmero de situaciones inabarcables por una norma general, tratándose de la resocialización de todos y cada uno de los reclusos. Sin embargo, esta discrecionalidad no es sinónimo de arbitrariedad, por el contrario, obliga a que el jefe del establecimiento tome *la decisión más idónea, la que más propiamente satisfaga de modo efectivo, real y adecuado a las específicas circunstancias del caso concreto*¹⁸⁸.

Como ya se ha señalado en este artículo, la tensión entre los fines de la pena establecidos en el Reglamento pone en jaque el control sobre la *decisión idónea* que debe tomar la autoridad penitenciaria. Esto se agudiza con la escasa fundamentación de las decisiones, por lo que a nuestro juicio, el control judicial debiera ser más fuerte que en otros ámbitos de la Administración. Sin embargo, en la práctica, no existen mecanismos eficaces de control, ya que la acción de amparo y de protección generalmente se empantana en examinar la admisibilidad de los recursos, mientras que ante los Juzgados de Garantía¹⁸⁹ no existe un procedimiento especial para el ámbito de ejecución de la pena.

A este respecto, en la sentencia de Corte de Apelaciones de Talca, Rol n°319-2010, se rechaza un recurso de amparo en contra de la revocación de un permiso de salida, producto del informe desfavorable del Consejo Técnico. La Corte en este caso reafirma que la revocación es una facultad discrecional del Alcaide, y

186 Cfr. CONSEJO PARA LA REFORMA PENITENCIARIA: *Recomendaciones para una nueva política penitenciaria*. Disponible en «http://cesc.uchile.cl/Informe_CRPenitenciaria.pdf» [última visita: 18 de octubre 2011].

187 Cfr. SOTO KLOSS, Eduardo: *Derecho Administrativo, Bases Fundamentales. Tomo II, El principio de juridicidad*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996, p. 52.

188 SOTO KLOSS, Eduardo: Ob. cit., p. 56.

189 Actualmente en Chile el Juez de Garantía es el juez de ejecución, según lo mandata el Artículo 14 de Código Orgánico de Tribunales.

que éste se encuentra obligado a revocar un permiso si no cuenta con el informe favorable del Consejo Técnico. Sin embargo, el tribunal no analiza el mérito de la evaluación realizada por este Consejo, teniendo los antecedentes a su disposición. De hecho, la justificación del Consejo fue la *refractoriedad* del interno *frente a su proceso de intervención para su reinserción social*, sin dar razones que funden esta conclusión, ni menos datos objetivos de esta actitud.

La Corte no evalúa en ningún momento si la explicación del Consejo es concordante con los criterios estipulados en el Reglamento para la concesión de un permiso de salida, por ejemplo, la conducta del recluso, su asistencia a la escuela o a talleres de reinserción, etc. De esta forma, la Corte avala una decisión arbitraria del Consejo y se escuda en que el Alcaide ha actuado de conformidad a sus facultades. Sostenemos que si bien la discrecionalidad de esta potestad obedece a la cercanía de la autoridad penitenciaria con el proceso individual de resocialización de cada recluso, ésta no debe transformarse en arbitrariedad, y los tribunales deben aplicar al menos, criterios de racionalidad y proporcionalidad en estas decisiones¹⁹⁰.

En el mismo sentido se pronuncia la Corte de Apelaciones de Valdivia, en la sentencia Rol n° 269-2005, al rechazar un recurso de amparo porque

*la privación de libertad del amparado y la determinación de las condiciones de cumplimiento de la sentencia judicial que la origina, han sido decretadas por las autoridades pertinentes. Agregando que la concesión, suspensión o revocación de los permisos de salida (...) es facultad privativa del jefe del establecimiento penitenciario*¹⁹¹.

Con estos argumentos, la Corte no se detiene a analizar que el recluso interpone este amparo porque, al ser trasladado de recinto penal, le fue revocado un permiso de salida diaria que había cumplido exitosamente por tres años. De esta manera, el fin resocializador de la pena queda subordinado a la potestad discrecional del Alcaide, que no justifica de ningún modo la revocación.

Cabe destacar que la Corte de Apelaciones de Talca, en la sentencia Rol n°460-2010, acoge un recurso de amparo, ordenando al Centro de Cumplimiento Penitenciario de Talca y a los organismos técnicos que evalúan la conducta del interno, a *omitir en lo sucesivo y para todos los efectos reglamentarios*, una sanción disciplinaria de aislamiento. Esta sanción fue impuesta al recluso por haber ingresado al recinto penal con droga, lo cual además significó su formalización por microtráfico, junto con los demás reos involucrados. Tras la investigación penal, el Tribunal Oral lo absuelve porque no se pudo probar la participación del interno en los hechos punibles. En este caso, la Corte revisa y reproduce parte de los argumentos del Tribunal Oral, como que los únicos testigos son gendarmes,

190 La interdicción de arbitrariedad es una de las premisas de nuestro Estado de Derecho. La Constitución hace alusión a esta materia en el Artículo 19 n° 2, 7 i), 22 y Artículo 20.

191 Sentencia de Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol n° 269-2005, de 4 de abril de 2005. Considerandos 3° y 4°.

que presentan relatos contradictorios, y que en las dependencias donde ocurrieron los hechos había al menos 25 personas.

Con estos antecedentes, y sin dar lugar a lo señalado por el Alcaide, respecto a la independencia total entre la responsabilidad administrativa (por la sanción disciplinaria), y la responsabilidad penal, la Corte argumenta que,

si bien el Artículo 96 (...) otorga al Jefe de un Establecimiento Penal la facultad privativa de conceder, suspender o revocar el beneficio de la salida dominical, potestad reglamentaria que tiene un carácter exclusivo y excluyente que no puede ser limitada por los Tribunales de la República, no es menos cierto que afectando la revocación de ese beneficio al derecho de la libertad personal al que puede legítimamente aspirar un interno condenado, (...) debe estimarse que resulta vulnerado este derecho, cuando para su revocación se ha considerado únicamente la ejecución de un hecho en el cual no le ha cabido participación alguna a dicho interno¹⁹².

En definitiva, de las sentencias analizadas se colige que las Cortes rehúyen de controlar la discrecionalidad de las decisiones de las autoridades penitenciarias, y por su parte, el Alcaide y el Consejo Técnico muchas veces ponderan otros fines más que el proceso de reinserción del recluso, como por ejemplo, su propia responsabilidad administrativa en caso de abuso del permiso o fuga¹⁹³. Al parecer, las Cortes y Gendarmería asumen que más que una decisión discrecional de la Administración, se trata de una decisión política o de gobierno, cuestión fácil de interpretar debido al auge de la *seguridad* en el discurso político de los últimos años. Sostenemos, sin embargo, que si bien existe un aspecto político en la concesión, suspensión y revocación de los permisos de salida, mientras el órgano competente siga siendo parte de la Administración, no cabe a las Cortes ser deferentes en el control judicial, tanto más con las escasas posibilidades de los internos para exigir reconsideración de estas decisiones.

4. Conclusiones

- i. Los permisos de salida son *medidas de tratamiento que importan el abandono del recinto penitenciario, con o sin vigilancia, por un tiempo deter-*

192 Sentencia de Corte de Apelaciones de Talca. Rol n° 460-2010, de 2 de noviembre de 2010. Considerando 8°.

193 Los Alcaldes suelen tener en cuenta la responsabilidad que les compete en caso de fuga o quebrantamiento. Estas preocupaciones también trascienden al Consejo Técnico, lo que se traduce en que cada vez son más restrictivos en proponer a reclusos para los permisos de salida. Al contrario, cuando se trata de proponer reclusos para la libertad condicional, Gendarmería de Chile proporciona sendas listas de reclusos, debido a que el otorgamiento de este beneficio y la responsabilidad consecuente, no recae en ellos, sino en las Cortes de Apelaciones y en los SEREMI de Justicia. *Cfr.* CONSEJO PARA LA REFORMA PENITENCIARIA: *Recomendaciones para una nueva política penitenciaria*. Disponible en «http://cesc.uchile.cl/Informe_CRPenitenciaria.pdf» [última visita: 18 de octubre 2011].

minado según sea el tipo de salida, con el objeto que el recluso desarrolle actividades tendientes a su reinserción social.

- ii. Los permisos de salida presentes en nuestro ordenamiento son de salida esporádica, salida dominical, salida de fin de semana y salida controlada al medio libre.
- iii. Los requisitos para optar a un permiso de salida son el consentimiento del condenado, el cumplimiento de los plazos establecidos para cada permiso, cumplimiento íntegro de las obligaciones del permiso anterior, ausencia de peligro de abuso, ausencia de peligro de fuga e informe favorable del Consejo Técnico.
- iv. Los fines de la pena contrapuestos establecidos por el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, trasciende también a la concesión, suspensión y revocación de los permisos de salida. Por esta razón, la autoridad penitenciaria al ponderar ambos fines prefiere proteger la custodia del recluso en lugar de propender a su resocialización. El control judicial al respecto se limita a evaluar la legalidad de la decisión, sin llegar a analizar en profundidad la notable tendencia a la prevención especial negativa.
- v. El Reglamento establece una serie de criterios y requisitos para la concesión de permisos de salida, los cuales son interpretados de manera taxativa y sin considerar las especiales circunstancias de cada recluso. Esta rigidez perjudica el proceso de reinserción individual e impide que el control judicial pueda también verificar la idoneidad o conveniencia de una decisión.
- vi. La facultad del Alcaide de conceder, suspender o revocar un permiso de salida es una potestad administrativa discrecional y, como tal, la decisión obedece a los fines por los cuales la potestad fue otorgada. Debido al conflicto de fines de la pena y a la posible responsabilidad de las autoridades penitenciarias por fuga o quebrantamiento, las decisiones sobre los permisos de salida suelen ser restrictivas. El control judicial de estas decisiones es impedido porque ni el Alcaide ni el Consejo Técnico tienen obligación de fundar sus decisiones y porque las Cortes han entendido que al tratarse de una potestad discrecional no deben examinar más allá de la legalidad de éstas.
- vii. Sostenemos que el conflicto de fines de la pena debe resolverse intentando privilegiar, en la mayoría de los casos, la reinserción social. Sólo de este modo la privación de libertad cobra real sentido y permite suponer que en el futuro los reclusos se comportarán conforme a la ley.
- viii. Creemos que para que los permisos de salida funcionen a cabalidad es imprescindible otorgar mayor flexibilidad en la verificación de los requisitos y los criterios para concederlos. Esta flexibilidad debe ser dada por el mismo Reglamento y por la práctica de las autoridades penitenciarias.
- ix. Entendemos que ante la oscuridad en que son tomadas las decisiones sobre la concesión de permisos, es indispensable contar con un control judicial

fuerte y seguro, en al menos, verificar que las decisiones cumplan con criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

- x. Estos cambios permitirían disminuir el hacinamiento en las cárceles y, por sobre todo, colaborar en un real proceso de resocialización. La mera privación de libertad sólo entrega un lapso de ‘seguridad’, mientras que la reinserción otorga mayores probabilidades de que en el futuro los internos dejarán de delinquir. Además, permisos de salida más flexibles y tendientes a la reinserción social, favorecerían a los propios internos, aumentando sus verdaderas posibilidades de libertad de elección luego de la excarcelación.

MADRES PRIVADAS DE LIBERTAD: DERECHO AL CUIDADO PERSONAL DE LOS HIJOS Y PROGRAMA DE RESIDENCIAS TRANSITORIAS

Enzo Botto Muñoz¹⁹⁴

1. Introducción

La Representación Cuáquera ante las Naciones Unidas¹⁹⁵, ha realizado variadas investigaciones sobre las mujeres en las cárceles y los hijos e hijas de madres encarceladas¹⁹⁶. Han sido trabajos muy ilustrativos a la hora de conocer la realidad de las mujeres privadas de libertad. En una de estas publicaciones se hace una afirmación muy interesante y a la vez preocupante: *Las mujeres encarceladas están reclusas en sistemas diseñados para hombres*¹⁹⁷. Si revisamos las estadísticas de la población penal, prácticamente en todos los países del mundo, las mujeres representan una minoría, por lo general conforman del 2% al 8% del total¹⁹⁸, lo cual nos da una primera noción de cuál es la realidad de las mujeres en los establecimientos penitenciarios.

Los sistemas y regímenes carcelarios están casi invariablemente diseñados para una mayoría masculina, lo que se traduce en la arquitectura de las cárceles, los procedimientos de seguridad, las instalaciones de atención a la salud, el contacto con la familia, el trabajo y la capacitación. Las cárceles de mujeres vienen a ser una adaptación de las cárceles para hombres, por lo cual tienden a no satisfacer

194 Alumno de quinto año de Derecho en la Universidad Alberto Hurtado. Este artículo es un extracto de la Tesina para optar al grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales.

195 La Representación Cuáquera ante la ONU (QUNO), con sedes en Ginebra y Nueva York, representa al Comité Mundial de Consulta de los Amigos (cuáqueros) (FWCC), organización internacional no gubernamental con Estatus Consultivo General en las Naciones Unidas. QUNO trabaja para promover en las Naciones Unidas y en otras instituciones internacionales la paz y la justicia, preocupaciones de los Amigos (cuáqueros) de todo el mundo.

196 Ver ROBERTSON, Oliver: *Niños y niñas presos de las circunstancias*, 2008. En ROBERTSON, Oliver: *El impacto que el encarcelamiento de un(a) progenitor(a) tiene sobre sus hijos*, 2007. TOWNHEAD, Laurel: *La detención preventiva de la mujer y el impacto en sus hijos*, 2007. TOWNHEAD, Laurel: *Mujeres en la cárcel e hijos de madres encarceladas: desarrollos recientes en el sistema de Derechos Humanos de las Naciones Unidas*, 2006. ALEJOS, Marlene: *Bebés y niños/as pequeñas que residen en prisiones*, 2005. TAYLOR, Rachel: *Women in Prison and Children of Imprisoned Mothers: Preliminary Research Paper*, 2004.

197 QUNO: *Mujeres en la cárcel: comentario a las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el trato de reclusos*. Junio 2008, p. 9. Disponible en «<http://www.quno.org/humanrights/women-in-prison/womenPrisonLinks.htm#QUNOPUB>» [última visita: 28 de octubre 2011].

198 COYLE, Andrew: *A Human Rights Approach to Prison Management: Handbook for prison staff*. International Centre for Prison Studies, 2002, p. 131. En QUNO, *Mujeres en la cárcel: comentario a las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el trato de reclusos*, junio 2008.

las necesidades de las reclusas de sexo femenino, viéndose afectadas por el encarcelamiento de un modo particularmente duro. Con demasiada frecuencia, los derechos humanos y la dignidad básica de las mujeres que están en prisión se ven violados de manera sistemática¹⁹⁹.

Si bien existen deficiencias en los sistemas penitenciarios que afectan de igual forma a hombres y mujeres, lo cierto es que éstas tienen necesidades diferentes a los hombres. Las mujeres están más expuestas a sufrir abusos dentro de las cárceles, las necesidades médicas varían considerablemente, sobre todo en lo que concierne a la salud sexual y reproductiva, además las mujeres en las cárceles son por lo común las principales cuidadoras de niños y niñas pequeños²⁰⁰.

El encarcelamiento femenino se encuentra íntimamente ligado a la pobreza. Las mujeres que delinquen típicamente provienen de sectores de la sociedad en desventaja económica y social. Es así como el estudio realizado por QUNO, refleja que el perfil de una mujer privada de libertad, es el de una mujer joven, desempleada, con bajo nivel educativo y con niños/as pequeños/ que dependen de ellas²⁰¹. Esto no es un tema menor considerando que la afectación que significa la privación de libertad ya no concierne solamente a la madre, sino que se traspasa a un menor respecto del cual existe regulación normativa internacional que ciertamente se debe tener a la vista.

En este sentido confluyen muchas cosas, principalmente el derecho de cada madre al cuidado personal de los hijos, un derecho consagrado en nuestro ordenamiento jurídico que debe ser respetado. Este derecho debe ir en armonía con un principio consagrado en la Convención de Derechos del Niño (CDN): *el interés superior del niño*, que como se verá es trascendental a la hora de fijar los lineamientos y políticas por parte del Estado al regular de qué modo se realizará el cuidado o la relación por parte de las mujeres privadas de libertad respecto de sus hijos.

Sin embargo lo decisivo en esta materia precisamente son las políticas públicas implementadas, destacando de manera particular la implementación de las *residencias transitorias para lactantes al interior de los establecimientos penitenciarios*. Este plan viene a satisfacer necesidades específicas de un segmento de la población penal femenina, el cual es el de las madres privadas de libertad.

2. Por qué las mujeres encarceladas necesitan de nuestra atención

Las *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Trato a los Reclusos* fueron aprobadas por el Primer Congreso de la ONU sobre la Prevención del Delito y el Trato de Delincuentes en 1955, y aprobadas también por el Consejo Económico y

199 QUNO: Ob. cit., p. 9.

200 *Ibidem*.

201 *Ibidem*.

Social de la ONU en 1957. Éstas siguen siendo una referencia obligada al diseñar y evaluar las condiciones penitenciarias.

Sin embargo, desde 1955 las necesidades y la naturaleza de las poblaciones de reclusos han cambiado, y con ello se han desarrollado nuevas pautas internacionales para el encarcelamiento. Dos de las más importantes son: el Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a cualquier forma de Detención o Prisión, de 1998, y los Principios Básicos para el Trato a los Reclusos, de 1990, ambos documentos adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Junto con las Reglas Mínimas, estos instrumentos ratifican que todos los presos y presas deben ser tratados con respeto a su dignidad humana en lo que se refiere a las condiciones de detención. Refuerzan la noción de que el propósito del encarcelamiento es la rehabilitación de la persona encarcelada²⁰².

En este proceso, ha existido una creciente preocupación por los derechos de las mujeres reclusas y el trato que reciben a nivel nacional, regional e internacional. En una serie de foros internacionales se ha subrayado la necesidad de revisar los sistemas penitenciarios y las normas y reglas de encarcelamiento tomando en cuenta las necesidades de las mujeres. Es así como en el Sexto Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y el Trato a Delincuentes (1980) se adoptó una resolución sobre las *Necesidades específicas de las mujeres reclusas* subrayando, entre otras cosas, que:

debido al número reducido de delincuentes mujeres, éstas por lo general no reciben la misma atención ni son tomadas en cuenta tanto como los delincuentes hombres; esta falta de atención provoca por lo general que las mujeres tengan limitado acceso a los programas y servicios necesarios, además de ser ubicadas en centros de detención lejos de sus familias y comunidades; y la mayoría de las veces, las mujeres tienen responsabilidades importantes relacionadas con niños y niñas a su cargo²⁰³.

La preocupación por las mujeres reclusas se ha extendido para incluir también a los niños y niñas cuyas madres han sido encarceladas. En su resolución del 2003 sobre *Derechos humanos en la administración de justicia*, la Asamblea General invitó a:

*(...) los gobiernos, los órganos internacionales y regionales pertinentes, las instituciones nacionales de derechos humanos y a las organizaciones no gubernamentales a dedicar mayor atención a la cuestión de las mujeres en la cárcel, incluyendo a los niños y niñas hijos de madres encarceladas, con miras a identificar los problemas claves y las formas en que éstos pueden solucionarse (...)*²⁰⁴.

202 QUNO: Ob. cit., p. 3.

203 *Ibidem*.

204 A/RES/58/183, aprobada el 22 de diciembre de 2003, párrafo 15. En QUNO: *Mujeres en la cárcel: comentario a las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el trato de reclusos*, Junio 2008, p. 3.

2.1. Situación de las mujeres

Respecto a la situación delictual de las mujeres en Chile, se puede señalar que el porcentaje de reclusas en recintos penitenciarios ha presentado un incipiente aumento en las últimas décadas, correspondiendo a un 10,8% de mujeres imputadas en contraste con el 89,2% de hombres sancionados penalmente²⁰⁵.

El perfil psicosocial de esta población penitenciaria a nivel nacional se caracteriza por la influencia de determinados factores, entre los que se encuentran: haber sido criadas en núcleos familiares consanguíneos con hipótesis de conflicto, alta tasa de internación, antecedentes de violencia intrafamiliar y una proporción pequeña, pero no despreciable, de casos con posibles modelos parentales con antecedentes de conflicto con el sistema penal. Es una población con bajo nivel de escolaridad asociado, entre otras variables, como el embarazo adolescente. En general, el perfil se asemeja notablemente a la población femenina de estrato bajo o popular del país²⁰⁶.

Ahora bien, el encarcelamiento tiene en la mujer un impacto diferente al que pudiera tener en un hombre. Es evidente que existe una serie de factores de género, que vienen a afectar de un modo particular a las mujeres.

Aun cuando para ambos sexos la prisión tiene como consecuencia además del castigo, el desarraigo y la separación de su mundo familiar, para las mujeres es mucho mayor, ya que la mayoría son abandonadas por sus parientes en la cárcel. En este sentido, cuando un hombre es recluso, la responsabilidad de los hijos/as es asumida directamente por la madre. En tanto que, cuando es la mujer la que ingresa a un recinto penitenciario, los hijos/as frecuentemente no quedan bajo el cuidado del padre, sino que suelen distribuirse entre los familiares, en su mayoría mujeres, ya sea una abuela, tía, prima o bien hermana mayor, lo cual provoca que las familias se desintegren e inicien una forma de vida distinta que no siempre favorece al desarrollo integral de los hijos/as²⁰⁷.

La situación de las madres respecto de sus hijos siempre es un tema preocupante, sobre todo importa considerar qué ocurre con el cuidado de éstos cuando la madre es encarcelada.

Hay que considerar que la privación de libertad, como lo señala el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios²⁰⁸, no puede afectar otros derechos además de

205 YMCA-UNAB: *Resumen de Evaluación de programas de Residencias de Protección para lactantes de madres internas en Recintos Penitenciarios*, 2008, p. 12.

206 MINISTERIO DE JUSTICIA- SERNAM- UNICRIM: *Mujeres en conflicto con el sistema penal. Estudio descriptivo en relación con la familia y vida intramuros de la población femenina adulta, interna en establecimientos penitenciarios del país*. Santiago, 1997, p. 13. En YMCA-UNAB: *Resumen de Evaluación de programas de Residencias de Protección para lactantes de madres internas en Recintos Penitenciarios*, 2008.

207 YMCA-UNAB: Ob. cit., p. 15.

208 Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, Artículo 2: *Será principio rector de dicha actividad el antecedente que el interno se encuentra en una relación de derecho público con el Estado, de*

la libertad, por lo cual cabe preguntarse respecto del reconocimiento y el efectivo ejercicio del derecho al cuidado personal que tienen las madres respecto de sus hijos.

3. Derecho al cuidado personal de los hijos²⁰⁹

3.1. Marco legal

El ordenamiento jurídico chileno regula el cuidado personal en los Artículos 224 y siguientes del Código Civil (en adelante C.C.).

3.2. Denominación y concepto

El Artículo 224 del C.C. en su inciso primero²¹⁰, señala que a los padres, o padre o madre sobreviviente, corresponde el *cuidado personal* de la crianza y educación de los hijos. Es en este Artículo en donde encontramos una referencia expresa a este derecho. Si bien esta norma alude a la crianza y educación, se ha señalado que es una figura que no sólo comprende estos dos aspectos, sino todo lo necesario para el desarrollo espiritual y material del hijo²¹¹.

En virtud de encontrar su verdadero alcance es que la doctrina ha elaborado diversas definiciones del cuidado personal. Entre los autores se ha entendido que el cuidado personal es *el derecho de los padres de tener a sus hijos en su compañía, o el derecho paternal de la crianza, educación y establecimiento del menor de edad, o como el deber de alimentar, corregir y otorgar por lo menos una educación básica y un oficio de profesión al hijo*²¹².

Más allá de las actuaciones específicas que debe realizar el padre o madre respecto del hijo para entender que está realizando el cuidado personal, se puede señalar que esta disposición alude a un deber de carácter genérico que comprende todos los deberes que conciernen a los padres respecto de los hijos, responsabilidades que

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.

209 Se realiza una mera mención de este derecho, abarcando lo trascendental para efectos del presente trabajo, excluyéndose variadas regulaciones que conciernen al Derecho de Familia.

210 CÓDIGO CIVIL, Artículo 224: *Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos.*

211 Cfr. ABELIUK MANASEVICH, René: *La filiación y sus efectos. Tomo I. La filiación*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000, p. 13.

212 BAVESTRELLO, Irma: *Derecho de menores*, Santiago de Chile. LexisNexis, segunda edición actualizada, 2003, p. 61. En: LATHROP, Fabiola: *Cuidado personal de los Hijos, análisis de ley de matrimonio civil y tribunales de familia*. Punto Lex S.A, Santiago de Chile, p. 7.

deben cumplir teniendo como preocupación fundamental el interés superior del hijo²¹³, conforme a lo preceptuado en el Artículo 222 inciso segundo del C.C.²¹⁴.

Los derechos y deberes que comprende el cuidado personal a que se refiere el Artículo 225 del C.C., presuponen la convivencia habitual entre padres e hijos. Así lo ha señalado la doctrina española, principalmente en el Artículo 154 del Código Civil español²¹⁵, indicando que el derecho-función de tener a los hijos menores en su compañía, se encuentra indisolublemente unido a la guarda y custodia de los hijos, implicando comunidad de vida con éstos²¹⁶.

La postura de la doctrina española, no difiere de la nuestra, en cuanto una visión amplia de lo que implica el cuidado personal. Ya que la comunidad de vida, a la cual hace alusión la doctrina española implica deberes respecto del hijo, deberes que se deben ejercer en la medida que exista un contacto regular y se pueda influenciar en su vida y dirigir. Esto se logra mediante el cuidado personal de los hijos, un cuidado que abarca todas las áreas de desarrollo de un menor.

3.3. Madres privadas de libertad

Una vez entendido lo que implica el derecho al cuidado personal en la doctrina, es que cabe analizar en qué estado o situación jurídica se encuentran las madres privadas de libertad. El tema es relevante, ya que hoy en día existe una población penal femenina dentro del cual un alto porcentaje son madres, haciéndose urgente adoptar las medidas correspondientes para que gocen efectivamente de este derecho.

3.4. Pérdida del derecho

Sin duda, por el hecho de la privación de libertad de una madre, el ejercicio del derecho al cuidado personal se complica por las limitaciones propias a las que es sometida. Pero más allá de esto cabe preguntarse si una madre, por el hecho de quedar privada de libertad pierde el derecho al cuidado personal de los hijos.

213 Cfr. SCHMIDT, Claudia: «Relaciones filiales personales y matrimoniales, en la filiación en el nuevo derecho de familia». En SCHMIDT, Claudia; VELOSO, Paulina: *La filiación en el nuevo derecho de familia*. Cono Sur, Santiago de Chile, 2001, p. 253.

214 Esta disposición se encuentra en concordancia con la Declaración de los Derechos del Niño: *el interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe, en primer término a los padres*.

215 Según el Artículo 154 del Código Civil español, corresponde a quien ejerce la patria potestad de los hijos: 1° velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral; y 2°: representarlos y administrar sus bienes.

216 Cfr. BERCOVITZ, Rodrigo: «Comentario al artículo 154 del Código Civil». En *Comentarios a las reformas de derecho de familia*, Vol. II, Madrid, Editorial Tecnos, 1984, p.1049. ZANÓN, Luis: *Guarda y custodia de los hijos*. Bosch, Barcelona, 1996, p. 13. MARTÍNEZ, Nieves: «El menor en situaciones de crisis familiares: la atribución de su guarda y custodia». En MARTÍNEZ, Eva (coord.): *Menores: Instituciones de protección y responsabilidad*. Fundación Diagrama, Murcia, 2004, p. 116.

En nuestro C.C. existen diversas hipótesis por la cuales una madre podría perder o quedar sin el cuidado personal de un hijo, éstas se encuentran establecidas en los Artículos 225 y 226 del C.C.

El Artículo 225²¹⁷ se pone en la hipótesis de separación de los padres, señalando que en primer término el cuidado personal corresponde a la madre. Ahora, este cuidado se puede traspasar al padre en dos circunstancias, en primer lugar mediante un acuerdo entre ambos, o cuando el interés del hijo lo haga indispensable. En virtud de esta norma, el interés del hijo se vería afectado en los siguientes casos: maltrato, descuido u otra causa calificada.

Cabe preguntarse si la expresión *otra causa calificada* podría incluir la circunstancia de una condena penal. A primera vista pareciera que no, ya que como se revisará más adelante, el Código expresamente se refiere a una hipótesis de condena, la cual dice relación con la sustracción de menores. El legislador estimó que cuando un padre incurra en una conducta ilícita o delictiva, eso no lo inhabilita para cuidar de sus hijos, solamente ocurriría esto cuando el ilícito diga relación con afectación a menores.

Por otra parte, el Artículo 226²¹⁸ señala los casos en que los padres se encuentran inhábiles física y moralmente para cuidar a los hijos.

En términos generales, el juez priva a la madre del cuidado personal de sus hijos cuando se encuentre inhabilitada física o moralmente para desempeñar correctamente esta función, velando siempre por el interés superior de los menores. La Ley de Protección a Los Menores n° 16.618 enumera ciertas conductas que son constitutivas de inhabilidades para ejercer el cuidado personal, estas se señalan en el Artículo 42, las cuales son:

1. Cuando estuvieren incapacitados mentalmente.
2. Cuando padecieren de alcoholismo crónico.
3. Cuando no velaren por la crianza, cuidado personal o educación del hijo.

217 CÓDIGO CIVIL, Artículo 225: *Si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos. No obstante, mediante escritura pública, o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, subinscrita al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento, ambos padres, actuando de común acuerdo, podrán determinar que el cuidado personal de uno o más hijos corresponda al padre. Este acuerdo podrá revocarse, cumpliendo las mismas solemnidades. En todo caso, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada, el juez podrá entregar su cuidado personal al otro de los padres. Pero no podrá confiar el cuidado personal al padre o madre que no hubiese contribuido a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado del otro padre, pudiendo hacerlo. Mientras una subinscripción relativa al cuidado personal no sea cancelada por otra posterior, todo nuevo acuerdo o resolución será inoponible a terceros.*

218 *Podrá el juez, en caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes. En la elección de estas personas se preferirá a los consanguíneos más próximos, y sobre todo, a los ascendientes.*

4. Cuando consintieren en que el hijo se entregue en la vía o en los lugares públicos a la vagancia o a la mendicidad, ya sea en forma franca o a pretexto de profesión u oficio.
5. Cuando hubieren sido condenados por secuestro o abandono de menores.
6. Cuando maltrataren o dieran malos ejemplos al menor o cuando la permanencia de éste en el hogar constituyere un peligro para su moralidad.
7. Cuando cualesquiera otras causas coloquen al menor en peligro moral o material.

A la luz de esta norma se pueden desprender un par de conclusiones. En primer lugar es trascendental el numeral 3, antes citado, ya que si la madre no velare por el cuidado personal de los hijos pierde este derecho, *a contrario sensu*, si una madre quiere cuidar efectivamente de sus hijos, aun en su situación de privación de libertad, no existe un motivo fundado para privársele de este derecho y ejercerlo plenamente.

Por otra parte, aquí se mencionan dos casos específicos de condena que privan a una madre del cuidado personal de los hijos, esas son las hipótesis de secuestro o abandono de menores, por ende en los demás casos en que se incurra en una conducta delictiva, con condena de por medio, no existiría inhabilidad para cuidar personalmente de los hijos.

4. Convención sobre los Derechos del Niño

La separación claramente afecta a dos partes, por un lado la madre no puede ser privada del cuidado personal de sus hijo por el hecho de una condena, y por otro lado, el niño respecto del cual siempre hay que tener en vista una normativa internacional de mucha trascendencia, como es la Convención sobre los Derechos del Niño.

La CDN de 1989 es uno de los hitos más importantes en el camino del reconocimiento de los derechos de los niños y niñas, ya que pone en juego aspectos relevantes sobre la nueva situación de la infancia desde el ámbito jurídico, así como la implicación de los diferentes Estados Partes en la orientación y cumplimiento de sus principios²¹⁹. Su obligatoriedad para los Estados partes radica en la aceptación de sus estipulaciones y en la obligación de informar periódicamente al Comité de los Derechos del Niño acerca de sus avances en estas materias²²⁰.

219 DÁVILA, Paludí; NAYA, Luis María: «La Infancia en Europa: Una aproximación a partir de la Convención de Derechos del Niño» En *Revista española de Educación Comparada*, N°9, 2003, pp. 83-133.

220 BAEZA, Gloria: «El Interés Superior del Niño: Derecho de rango constitucional, su recepción en la legislación nacional y la aplicación en la jurisprudencia». En *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 28 N° 2, Sección Estudios, 2001.

Chile se suscribió a la CDN²²¹, adoptando de esa forma un sistema de protección para menores el cual se debe tener en consideración a la hora de aplicar la normativa existente.

4.1. *El niño como sujeto de derechos*

Es en la CDN en donde se establece la idea del niño como sujeto de derechos. En virtud de esto, se produjo un cambio de mirada respecto de la infancia. Ésta en un principio se construía mediante la mirada del adulto, la cual se caracterizó por ver al niño como alguien que será un adulto, definiéndolo por su futuro en vez de mirar al niño o niña como es actualmente²²².

Primaba un enfoque de necesidades, el cual se basaba en una actitud pasiva de parte del niño, en donde el adulto los ve como objetos de compasión. Sin embargo, desde que se aprobó la Convención de los Derechos del Niño, la mirada del niño como objeto de compasión y represión tuvo un cambio hacia el enfoque de derechos, el cual ve al niño como un sujeto pleno de derechos. El niño ya no es un sujeto pasivo ni un *pequeño adulto*, ya que ahora es un sujeto que tiene igualdad jurídica y derechos. Son vistos como personas en proceso de maduración, crecimiento y desarrollo²²³.

Con esta estipulación lo que hizo la Convención fue:

- a). Pasar de una idea del menor como objeto de la compasión-represión, a una idea de la infancia-adolescencia como sujeto pleno de derechos: pasaje del menor al niño, del menor sin derechos reconocidos ni enunciados, al niño con derechos reconocidos y enunciados.
- b). Producir un reconocimiento de derechos universales (para todos los niños del mundo), que establecen cierta equivalencia con los derechos reconocidos en el marco de los derechos humanos de los adultos.
- c). Reconocer derechos específicos, que corresponden exclusivamente a los niños y que reciben una normativa especial.
- d). Establecer que los derechos del niño prescriben prohibiciones y obligaciones, en la medida que:

221 Chile firmó y suscribió la Convención el 26 de enero de 1990. El 10 de julio del mismo año fue aprobada unánimemente por ambas ramas del Congreso y ratificada ante las Naciones Unidas el 13 de agosto del mismo año. Fue promulgada como ley de la República mediante Decreto Supremo n° 830 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial el 27 de septiembre de 1990, y entró en vigencia en Chile a partir de esa fecha.

222 CARLI, Sandra: *El niño como sujeto de derecho*, octubre 2001. Disponible en «www.estudiareducacion.cl/el-nino-como-sujeto-de-derecho» [última visita: 28 de octubre 2011].

223 Así lo demuestra la Encuesta Nacional de Primera Infancia, en donde un 74% de los encuestados menciona que los niños y niñas *son sujetos con opinión propia y poseen grados progresivos de autonomía, como sujetos de derechos* (JUNJI, UNICEF y UNESCO, 2010). Consultado en CARLI, Sandra: Ob. cit.

Los derechos, como toda otra forma de regulación de las relaciones entre las personas, se presentan bajo estas dos formas: prohibiciones, lo que debe evitarse hacer, y obligaciones, lo que debe hacerse de todos modos, aún contra nuestra voluntad, nuestro deseo o nuestro interés²²⁴.

Existen tres principios íntimamente ligados a la concepción del niño como sujeto de derechos: *el interés superior del niño, la autonomía progresiva del niño en el ejercicio de sus derechos y el derecho del niño a expresar su opinión y a que ésta se tenga debidamente en cuenta en todas las decisiones que le afecten*²²⁵.

Merece especial consideración el interés superior del niño, el cual es un principio rector en la CDN.

4.1.1. Interés superior del niño²²⁶

El interés superior del niño²²⁷ se encuentra mencionado en la Convención de Derechos del Niño, específicamente en su Artículo 3, el cual señala:

En todas las decisiones que conciernen a los niños, que sean el hecho de instituciones públicas o privadas de protección sociales, de los tribunales, de las autoridades administrativas o de los órganos legislativos, el interés superior del niño debe ser una consideración primordial.

4.1.1.1. Niño para la Convención

La Convención define al niño en su artículo primero, refiriéndose a él como *todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.*

4.1.1.2. Contenido

La sola consideración del niño como persona basta para hacerle aplicable todos los derechos garantizados y reconocidos en los diversos textos nacionales o internacionales. Sin embargo, por el hecho de ser el niño un ser especialísimo, es que se ha querido reforzar el resguardo de su bienestar, a través de ese cuerpo normativo. Indudablemente el niño es persona, pero este principio pretende recalcar

224 CARLI, Sandra: Ob. cit.

225 COUSO, Jaime: «El niño como sujeto de derechos y la nueva justicia de familia. Interés superior del niño, derecho a ser oído y autonomía progresiva». En *Revista Derechos del Niño*, N° 3-4, Santiago, 2006.

226 Nuestro Código Civil se encuentra en concordancia con este principio, es así como en su Artículo 222, se establece que: (...) *La preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo, para lo cual procurarán su mayor realización material y espiritual posible, y lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades.*

227 Su significado ha sido objeto de muchos análisis doctrinarios en el contexto de derecho de familia, sin embargo, fue su inclusión en el Artículo 3 de la CDN lo que promovió la apertura de un nuevo capítulo y generó un intensivo debate en torno a su contenido y de sus implicancias.

su especial situación, ya que no está en condiciones de conocer y hacer valer sus derechos, careciendo por sí solo de influencia social²²⁸.

El interés superior del niño, se puede definir como: *el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona del menor de edad y, en general, de sus derechos, que buscan su mayor bienestar*. El bien o bienestar de un niño estará dado, mirado desde un prisma general, al lograr la aplicación de las normas de la Convención, en especial la del Artículo 3, ya citado, que exige la consideración de este *interés superior del niño* al tomar cualquier determinación, sea en el ámbito público, privado, judicial, administrativo o legal²²⁹.

4.2. CDN y madres privadas de libertad

Para efectos del presente trabajo, hay que destacar algo de mucha relevancia en la CDN. En ésta se señala que los menores deben desarrollarse en un ambiente familiar que los proteja, oriente, guíe y conduzca a su pleno desarrollo, reconociendo el derecho del niño a vivir con su padre y madre, a menos que la separación sea necesaria para el interés superior del niño (Artículo 9 de la Convención), siendo deber del Estado garantizar su cumplimiento y, si fuere procedente, el del régimen de visitas correspondiente²³⁰.

Art. 9º.- 1. Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño, tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

La Convención no sólo se limita a esa regulación, sino que va mas allá, poniéndose en la hipótesis de que una madre se encuentre privada de libertad, señalando:

A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños.

Esta norma señala algo claro: el Estado debe garantizar las condiciones mínimas para que los padres cuiden de los hijos. Respecto de las madres privadas de libertad hay temas interesantes por compartir.

228 BAEZA, Gloria: Ob. cit., p. 357.

229 *Ibidem*.

230 BAEZA, Gloria: Ob. cit., p. 360.

5. El Estado como principal garante de los derechos de niños y adolescentes

Cuando se alude al Estado como el principal garante de la satisfacción de los derechos de niños y adolescentes, no se está dejando de lado el rol de la familia como encargada, en primer término, del cuidado, crianza y educación de los hijos. Al contrario, la CDN admite que no todas las familias están en condiciones psico-socio-económicas para cumplir con las obligaciones a su cargo, por lo cual el Estado debe redoblar sus acciones tendientes a equiparar situaciones fácticas adversas que padece gran parte de la sociedad. En otras palabras, la desigualdad de base que sufren varios núcleos familiares debe ser contrarrestada por un Estado activo y presente²³¹.

Es indudable que la privación de libertad de una madre genera una situación de desigualdad con respecto a un núcleo familiar en donde los hijos pueden tener un contacto directo con su madre. Es en esta situación donde cabe preguntarse cuál es el rol que ha ocupado el Estado respecto de la madre y los hijos.

5.1. Hitos

Si bien lo trascendental, y el enfoque de este artículo es el derecho de la madre al cuidado personal del hijo, se ha visto que no se puede realizar el presente análisis sin la consideración a los derechos de los menores, derechos que ejercen mediante el contacto y la convivencia con la madre, que implican y se desarrollan en muchos casos en base al cuidado personal. Por esta razón merecen una especial mención los derechos de la infancia.

En este ámbito se generaron una serie de hitos que dan cuenta del proceso de evolución en los diversos organismos del Estado vinculado con esta temática²³². En este escenario, se desarrolla la reforma de SENAME iniciada en el año 2001, que establece, a 10 años de la ratificación de la Convención, las bases para transformar el sistema de atención a la infancia en una estructura funcional a la concepción de los derechos del niño/a. Esto implica fundamentalmente, ampliar los esfuerzos de trabajo promocional y de fortalecimiento de la familia y la comunidad para la protección de los derechos y, a su vez, la instalación y desarrollo de sistemas especializados de atención profesional para las situaciones más complejas²³³.

231 GIL DOMÍNGUEZ, Andrés; FAMA, María Victoria; HERREA, Marisa: *Ley de protección integral de niños, niñas y adolescentes, derecho constitucional de familia*. Ediar, primera edición, Buenos Aires, 2007, p. 124.

232 Entre otras cosas se desarrolló el Plan Nacional de la Infancia 1990-2000, instrumento que permitió clarificar la mirada de la infancia, como sujeto y eje central de las políticas y programas del Estado y entregar directrices para el trabajo de los profesionales e instituciones vinculados con estas materias. Así mismo, se genera un cambio conceptual instalado con el tránsito de la concepción de *menores en situación irregular a niños y adolescentes vulnerados en sus derechos*, puesto que este último pone énfasis en el reconocimiento de la existencia de derechos y la defensa de éstos como objetivo fundamental de parte del Estado e instituciones vinculadas con estas materias. Ver YMCA-UNAB: Ob. cit., p. 6.

233 YMCA-UNAB: Ob. cit.

5.1.1. Norma internacional

En el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955²³⁴, se definen las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, refiriéndose, en el punto 23. 1), a la situación de las madres e hijos/as al interior de los recintos de reclusión. En él se sugiere lo siguiente:

- En los establecimientos para mujeres deben existir instalaciones especiales para el tratamiento de las reclusas embarazadas, de las que acaban de dar a luz y de las convalecientes. Hasta donde sea posible, se tomarán medidas para que el parto se verifique en un hospital civil. Si el niño/a nace en el establecimiento, no deberá hacerse constar este hecho en su partida de nacimiento.
- Cuando se permita a las madres reclusas conservar a su hijo/a, deberán tomarse disposiciones para organizar una guardería infantil, con personal calificado, donde estarán los niños/as cuando no se hallen atendidos por sus madres.

Esto se complementa con lo establecido en el Artículo 27 de la CDN²³⁵, donde se señala que el niño/a gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y adecuada, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño/a²³⁶.

En el Preámbulo de la CDN se considera que, para el pleno desarrollo de su personalidad, el niño y la niña necesitan amor y comprensión. Siempre que sea posible deberán crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales, no se debe separar al niño/a de corta edad de su madre. En concordancia, la CDN, instala como principio rector para quienes tienen la responsabilidad de desarrollar procesos educativos el interés superior del niño/a, siendo los padres quienes, en primer término, deben asumir dicha responsabilidad. Lo anterior, determina que los establecimientos penitenciarios dispongan de las condiciones adecuadas para la estimulación motora, cognitiva y socio emocional de los niños/as, permitiendo y facilitando la participación de la madre en las actividades con éstos/as.

234 Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. “Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos” Disponible en «http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/h_comp34_sp.htm». En YMCA-UNAB: Ob. cit.

235 SENAME. Convención Sobre los derechos del Niño. Disponible en «www.sename.cl».

236 Que el niño/a se mantenga con su madre es percibido como una instancia oportuna de transmisión de cuidado y protección, a través de acciones cotidianas como el alimentar, mudar, vestir, etc., lo cual permite potenciar el crecimiento mental y emocional, solo si se garantiza la satisfacción de sus necesidades, asumiendo al niño/a como una persona activa, en interacción con otros, desde sus primeros años de vida.

Esto pone en tensión el hecho de que para el desarrollo sano de los infantes, es necesario el establecimiento de una relación estable con los progenitores o con sus figuras de cuidado. Esto es fundamental en la estructuración de sus futuras vinculaciones con el mundo. Al distanciar al niño/a de su familia, éste pierde el referente más importante de identidad y pertenencia, lo cual genera sentimientos de ansiedad, temor e inseguridad con el mundo, elementos que dificultan su desarrollo integral.

6. Residencias transitorias

El programa *Residencias de Protección para Lactantes de Madres Internas en Recintos Penitenciarios*, se encuentra enmarcado en la denominada *Política Nacional y Plan de Acción Integrado a favor de la Infancia y la Adolescencia, 2001 - 2010*, política social que surge a raíz de la incorporación de Chile a diversos tratados internacionales a favor de la Infancia y Derechos Humanos²³⁷.

6.1. Concepto

Las Residencias de Protección son dependencias ubicadas al interior de los Centros Penitenciarios Femeninos que cuentan con espacios habilitados para el cuidado y protección de los/las lactantes con madres internas, así como para la permanencia de las mujeres en condición de embarazo. Estas dependencias están concebidas como una modalidad de protección, que provee a lactantes hasta los dos años de edad, un contexto residencial que facilita las condiciones para mantener el contacto con sus madres privadas de libertad²³⁸.

6.2. Población

Niños y niñas recién nacidos hasta 1 año 11 meses y 29 días de edad, ya sea nacidos durante el período de privación de libertad de sus madres y/o que ingresan con ellas al ser éstas compelidas a estar privadas de libertad, en los 36 Centros a lo largo del país que cuentan con la implementación del programa.

6.3. Generalidades

Con la ratificación de la Convención de Derechos del Niño/a y el compromiso que el Estado de Chile adquiere al reconocer a los niños/as como *Sujetos de Derechos*, se profundizó la profesionalización de los servicios orientados a atender y mejorar la calidad de vida de los hijos/as de mujeres privadas de libertad y recluidas en centros penitenciarios, entre otros.

Es así que el año 1998, SENAME y Gendarmería suscriben un convenio para la atención de esta población, cuyo enfoque y tratamiento del programa está orien-

237 YMCA-UNAB: Ob. cit. p. 31.

238 SENAME: *Lineamientos técnicos específicos. Modalidad residencias transitorias para niños (as) de madres recluidas*. Departamento de protección de derechos.

tado a la promoción de los derechos del niño/a. De allí emanan las Orientaciones Técnicas del Programa de Residencias Transitorias para Lactantes, en el año 2005, cuyo aporte técnico y administrativo de su elaboración entrega lineamientos claros para la ejecución del programa. Continuando esta línea, a partir del año 2007 y producto de la entrega del informe *Propuestas del Consejo Asesor Presidencial para la Reforma de las Políticas de Infancia*, SENAME reorienta sus lineamientos de acción, potenciando el trabajo de protección en la primera infancia, desde un marco de derechos.

En este contexto normativo y luego de evaluar las condiciones de los recintos penitenciarios femeninos y de las madres recluidas junto a sus hijos/as, el Estado chileno, bajo el principio de protección y promoción de los Derechos del niño/a *facilita las condiciones para mantener el contacto entre madres encarceladas y sus hijos/as, tomando en cuenta que es una relación afectiva fundamental para el desarrollo de los niños/as durante los primeros años de vida*²³⁹, mediante el Servicio Nacional de Menores SENAME, organismo cuya finalidad es proteger precisamente los Derechos de los niños y niñas.

Se celebra entonces, en diciembre del año 1998, un Convenio entre Gendarmería de Chile y el Servicio Nacional de Menores, que permite la ejecución de un *Programa de Albergues Provisorios para Lactantes*, iniciando un trabajo en conjunto que queda bajo responsabilidad del Departamento de Adopción y Primera Infancia del Servicio Nacional de Menores.

En dicho programa se plantea que los niños/as permanezcan con sus madres en los establecimientos penitenciarios, decisión que debe favorecer esencialmente al niño/a y a partir de ello, pueden resultar beneficiadas las madres, esto entendiendo que prima ante todo el interés superior del niño/a, que a su vez se reconoce que ambos son sujetos de derechos y que el vínculo afectivo puede ser gratificante y beneficioso para los dos.

Como objetivo general del Programa destaca: *Promover y proteger el desarrollo físico, mental, social y emocional de los niños y niñas y mujeres embarazadas a partir del 5° mes. Se busca brindar atención integral a los hijos e hijas de 0 a 2 años de edad, de las mujeres privadas de libertad en los establecimientos penitenciarios del país. Se atendieron cerca de 600 niños y niñas en esta situación, quienes accedieron a la posibilidad de estar y estrechar vínculos afectivos con sus madres, a recibir lactancia materna, alimentación adecuada a sus necesidades de desarrollo, acceso a salud primaria y derivación médica especializada, vestuario y a un ambiente de higiene, cuidado y seguridad. Desde que se encuentra vigente el convenio con el SENAME, se subvencionan 50 plazas, con modalidad de protección simple.*

239 SENAME, Documento Bases Técnicas. Línea de Programas *Evaluación de Residencias de Protección Transitorias*, p. 2.

Por todo lo establecido, se señalaba que cada vez que ingresara al sistema penitenciario por orden emanada del Tribunal una mujer embarazada o la madre de un niño/a de 0 a 2 años de edad, el Jefe de Unidad del establecimiento debía comunicar de inmediato esta situación al SENAME para todos aquellos efectos de subvención, programas y medidas que ambas instituciones poseen para el pleno cuidado, protección y desarrollo de los/as lactantes²⁴⁰.

6.4. Aspectos a considerar

Para conocer la realidad del Programa de Residencias Transitorias, se realizó un estudio por un equipo interdisciplinario conformado por profesionales de la Universidad Nacional Andrés Bello, y la Asociación Cristiana de Jóvenes, YMCA, organismo colaborador acreditado de SENAME²⁴¹. Aquí se presentarán algunos resultados y conclusiones a las cuales se llegó sobre la ejecución del Programa de Residencias Transitorias.

En relación a los procesos de Ingreso, Permanencia y Egreso, podemos indicar que éstos no son medidas de *última instancia*, sino por el contrario, en este proceso se priorizan los derechos de la madre, por sobre los derechos del niño/a²⁴².

En relación al proceso de ingreso del niño/a, el estudio da cuenta de la carencia de una evaluación del núcleo familiar acerca de las condiciones sociales, emocionales y físicas para recibir al niño. Como asimismo, no se considera una evaluación institucional para ingresar al lactante a un centro que cuente con los recursos necesarios y vacantes que asegure su futuro desarrollo.

Se concluye que las fortalezas y debilidades exteriorizadas por los actores relevantes relacionados con el Programa, confirman que las principales fortalezas estarían dadas por la posibilidad que tiene la madre de criar a su hijo durante el periodo de lactancia, y la existencia de un apoyo institucionalizado como es INTEGRAL, ya que cuenta con equipos preparados para apoyar al desarrollo normal del niño en esta etapa de su vida.

6.5. Reflexiones del Estudio

Los resultados arrojados por el estudio realizado, invitan a reflexionar sobre los desafíos y grandes problemas que deberían ser materia de políticas públicas, las cuales pusieran a disposición de la población objetivo todos los recursos necesarios para aumentar los niveles de desarrollo social del país. Específicamente, el Estado de Chile al ratificar la Convención de Derechos del Niño, asume el compromiso

240 GENDARMERÍA DE CHILE: *Proyecto Residencias Transitorias para niños y niñas con sus madres privadas de libertad*. Gendarmería de Chile, 2005, p. 2.

241 YMCA-UNAB: Ob. cit.

242 Son los jueces quienes abordan este proceso, accediendo ante la sola petición de la madre, por considerarla un derecho jurídico de beneficio penitenciario. Cabe destacar, que el proceso se debiera llevar a cabo por medio de la solicitud de las Defensorías Públicas, lo cual no ocurre, sino que es la propia madre la que generalmente lo solicita al juez.

de replantear la acción social orientada a este sector al reconocerlos como *Sujetos de Derecho*.

De ahí la importancia de generar programas diversos para atender las distintas problemáticas sociales de la infancia en relación a la situación de las madres. Es así que, para dar respuesta a las madres privadas de libertad, fue necesario diseñar un programa que protegiera al lactante definiendo que éste permaneciera con su madre, a lo menos hasta los dos años de edad²⁴³.

Ahora bien, considerando los antecedentes expuestos y los resultados encontrados en el estudio, la primera recomendación a la que se llega es que el niño/a permanezca, a lo menos, hasta los dos años de edad junto a sus madres por los beneficios que esta permanencia tiene para el lactante, no obstante las debilidades encontradas en ciertas áreas de su desarrollo.

Por otra parte, es necesario y pertinente plantear una revisión general a las intervenciones realizadas en este tipo de programas. Se recomienda que la revisión se enfoque especialmente a la calidad de las intervenciones que se requieren para atender a este tipo de población que posee características complejas, porque la realidad de las madres e hijo/a en recintos de reclusión es muy compleja. Lo anterior, determina un abordaje distinto que implica necesariamente desarrollar estrategias de intervención que se focalicen y orienten al bienestar de las madres (se refiere a la generación de un contexto físico y relacional que permita reducir los efectos asociados a la reclusión).

Otro análisis y reflexión al cual se llegó por parte del equipo investigador y por sugerencias del panel de expertos, es que si bien a la luz del convenio vigente es Gendarmería quien debe ejecutar este programa, se considera que dada la preparación institucional militarizada para ejercer el control de ejecución de penas, no estaría habilitada para la contención necesaria y menos para lograr un desarrollo social como amerita este tipo de programas. Por lo cual, se hace aconsejable evaluar alternativas de operación de dichos programas, bajo una modalidad de internalización del servicio a instituciones debidamente acreditadas, que cuenten con el perfil apropiado para su administración.

Sin duda que el tema es muy amplio y da para mucho, sin embargo aquí se presentan algunas consideraciones generales de las residencias transitorias. Existen muchos otros aspectos a considerar, pero mas allá de dar una visión específica de la realidad, se ha querido presentar un panorama general. Lo relevante es que se están haciendo avances, es decir una madre que es privada de libertad es tomada en cuenta y se reconocen además las necesidades específicas derivadas de su situación.

243 Esta definición, aparentemente, se justificaría por el desarrollo teórico elaborado por diferentes autores, encontrando entre otros fundamentos que es central lograr y fortalecer el apego y vínculo entre las madres y sus hijos/as, pues sentirse queridos incondicionalmente, es un mecanismo protector que aumenta la resiliencia del niño/a frente a las diversas condiciones de vida, por muy adversas y riesgosas que éstas sean. Lo que justificaría, entonces, la permanencia del niño/a hasta la edad definida en el programa de residencias transitorias.

7. Conclusiones

A modo de conclusión, se presentan aquí las principales fortalezas y debilidades encontradas en el programa de Residencias Transitorias, fortalezas y debilidades que no son sólo del programa, sino que de la labor del Estado en el reconocimiento del derecho al cuidado personal de los hijos de las madres privadas de libertad.

7.1. Fortalezas

Se mejoró el programa con la incorporación de las atenciones psicosociales, orientaciones técnicas que mejoran la calidad de las intervenciones, y el mejoramiento de las coordinaciones con las redes, pero falta incorporar a profesionales especialistas. Asimismo, consideran positivo que las madres participen en la planificación, conduciéndolas a tomar compromisos que faciliten el cumplimiento de los objetivos del Programa. Por último, se indica también, que las madres participan en las actividades de apoyo y en la planificación del programa, dando opiniones y sugerencias²⁴⁴.

El niño/a en este programa, puede estar con su madre, siendo relevante este hecho para el período de lactancia. Igualmente manifiestan que es favorable contar con una sala cuna y contar con profesionales que las atiendan. Asimismo se considera importante que las decisiones tengan como objetivo principal pensar en el interés superior del niño/a²⁴⁵.

Relación vincular entre la madre y el hijo, y su preparación para su posterior desapego durante el período de lactancia. Asimismo, señalan como positivo la buena coordinación con las tres principales instituciones involucradas: SENAME, Gendarmería e Integra. Se señala también como fortaleza, que existen profesionales dedicados exclusivamente al Programa, y en especial, que se cuente con equipos profesionales dedicados al desarrollo del niño en las Salas Cunas²⁴⁶.

7.2. Debilidades

Los niños/as al ser ingresados a la residencia pierden su libertad, pues el recinto penal no es el lugar apropiado para el desarrollo de ellos, debido a que están encerrados muchas horas, y en definitiva, se encuentran en calidad de *presos*. De igual manera, señalan que las madres utilizan a sus hijos para obtener beneficios, instrumentalizándolos para satisfacer sus necesidades personales.

Los recursos para cubrir las necesidades de la intervención no son suficientes, y por lo tanto, tampoco alcanzan para desarrollar intervenciones con las redes, en especial, las familias.

244 YMCA-UNAB: Ob. cit., p. 56.

245 *Ibidem*.

246 YMCA-UNAB: Ob. cit., p. 56.

La precariedad de la infraestructura no es adecuada para la estadía de los lactantes. Se señala que no hay suficientes baños, ni calefacción, entre otros. Asimismo, se indica como desventaja, que no existe una inversión para mejorar sus condiciones deficientes, y menos aún para dar satisfacción a la demanda existente²⁴⁷.

Por otra parte, se expresa como debilidad, el tiempo categórico para el egreso del lactante (11 meses, 29 días) que se encuentra señalado en las Orientaciones Técnicas.

247 YMCA-UNAB: Ob. cit., p. 57.

LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO POR INCUMPLIMIENTO EN LOS DEBERES DE CUSTODIA Y SEGURIDAD INTERNA DE GENDARMERÍA EN LOS RECINTOS CERRADOS DE ADULTOS

Fabiola Soto Lavín²⁴⁸

1. Algunas notas acerca del incendio de la cárcel de San Miguel

Muchas son las deficiencias del sistema carcelario actualmente, entre las cuales cabe mencionar el hacinamiento *que entre los años 1998 y 2009 representó un crecimiento del 75%*²⁴⁹, el uso excesivo de la fuerza, la violencia por parte de los funcionarios y las deficientes condiciones de salubridad entre otras. Y en el aspecto jurídico, la abierta vulneración al principio de legalidad de la ejecución penal establecido en el Artículo 80 inciso 1 del Código Penal, así como en numerosos instrumentos y tratados internacionales que Chile ha suscrito.

Durante muchos años el Gobierno y la Administración Penitenciaria negó las malas condiciones denunciadas por informes de distintas instituciones, entre ellas la Contraloría General de la República, la Cámara de Diputados, la Fiscalía Judicial de la Corte Suprema y el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, esgrimiendo a su favor el argumento que se trataba de situaciones aisladas que, por tanto, no representaban el cumplimiento del grueso de las obligaciones del Estado en esta materia²⁵⁰.

Lo cierto es que el informe de las deficiencias y las recomendaciones realizadas por la Relatoría de la CIDH del año 2008 da cuenta de una situación distinta. En efecto, el informe deja en evidencia los graves problemas penitenciarios que hasta ahora perduran. Además, entre los aspectos preocupantes, el mismo organismo hace hincapié en dos puntos que dicen relación con el presente trabajo: el primero de ellos es el uso excesivo e innecesario de la fuerza y los castigos, una práctica sistemática de malos tratos físicos por parte del personal de Gendarmería y el uso de medidas de aislamiento *en condiciones infrahumanas*²⁵¹ y el segundo, de la *práctica generalizada de registros corporales, denigrantes y humillantes a las visitas*,

248 Alumna de cuarto año de la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado. Ayudante de Historia del Derecho.

249 CENTRO DE DERECHOS HUMANOS DE LA UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES: *Informe Anual sobre Derechos Humanos 2010*, p. 118.

250 CENTRO DE DERECHOS HUMANOS DE LA UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES: *Informe Anual sobre Derechos Humanos 2010*, pp. 96-98.

251 CENTRO DE DERECHOS HUMANOS DE LA UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES: *Informe Anual sobre Derechos Humanos 2009*, p. 106. Disponible en «http://www.derechoshumanos.udp.cl/wp-content/uploads/2010/01/03_sistema-penitenciario.pdf?utm_source=web&utm_medium=web&utm_content=es&utm_campaign=Informe+Anual+2009+Capitulo+3» [última visita: 29 de octubre 2011].

*particularmente mujeres y niñas*²⁵². Y, dentro de las recomendaciones, el hecho de que se recuerda la obligación del Estado de garantizar el respeto irrestricto a los derechos humanos de todas las personas privadas de libertad en todos los centros de detención del país²⁵³ y que se recomienda capacitar debidamente a los funcionarios de Gendarmería en materia de derechos humanos y uso de la fuerza²⁵⁴.

Por increíble que parezca, sólo dos años después de este informe, y más exactamente el 8 de diciembre del 2010, se produjo el incendio en el Centro de Detención Preventiva de San Miguel que provocó la muerte de 81 internos, lo que, a todas luces, representa el poco interés político y administrativo en materia de derechos humanos de las personas privadas de libertad y los escasos esfuerzos generados.

Por el hecho antes mencionado, seis de las familias de los internos fallecidos recurrieron a la justicia civil, interponiendo ante el Séptimo Juzgado Civil de Santiago una demanda indemnizatoria contra el Estado de Chile por el incumplimiento en los deberes de custodia, vigilancia y seguridad interna que ostenta Gendarmería²⁵⁵. Dicha demanda, básicamente, se fundaba en los siguientes puntos:

- a). La causa principal del siniestro habría sido una riña entre internos que se encontraban al interior de la torre 5, y que no habría sido contenida por los funcionarios del órgano administrativo.
- b). La falta de actuación oportuna de Gendarmería, en cuanto la alarma a bomberos habría sido dada por un interno y posteriormente confirmada por éstos a Gendarmería, y por otro lado, en cuanto al ingreso de Gendarmería, se vio retrasada por la revisión que realizó su propio personal del Centro Penitenciario (este último hecho ha sido alegado por el Consejo de Defensa del Estado como no efectivo, de acuerdo a lo que se puede ver en las cámaras).
- c). Falta de mantenimiento de los implementos de emergencia para el caso de incendios, ausencia de vías de evacuación necesarias para el siniestro y mal estado de las redes internas de agua.
- d). Que Gendarmería de Chile habría sido negligente en su deber de vigilancia y seguridad interior de los recintos, toda vez que no habría impedido la existencia de aparatos combustibles²⁵⁶.

Todo lo anterior, sin contar los graves problemas de hacinamiento que posee el establecimiento y la falta de aplicación del principio de separación por categorías y de individualización y clasificación de los internos contenidos en las Reglas 8

252 *Ibidem*.

253 CENTRO DE DERECHOS HUMANOS DE LA UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES: *Informe Anual sobre Derechos Humanos 2009*, p. 107.

254 *Ibidem*.

255 Demanda de indemnización de perjuicios en autos caratulados "Delgado Lastra José Manuel con Fisco de Chile", Rol n° 8082-11.

256 Contestación de la demanda de indemnización de perjuicios en autos caratulados "Delgado Lastra José Manuel con Fisco de Chile", Rol n° 8082-11.

y 67 de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, Artículo 10 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, y 14 al 21 y 26 inciso 2 del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios.

No obstante la ambigüedad y vaguedad propia de los términos, sumado a la falta de interés del Reglamento y la doctrina por la precisión conceptual de los mismos, impide, en la práctica, delimitar el servicio y deber prestado por Gendarmería y su estándar, siendo muy difícil, sino imposible, imputar la falta de servicio al órgano administrativo.

2. La responsabilidad extracontractual del Estado

2.1. Fundamentos legales

Dentro de las fuentes legales que regulan la Administración del Estado cabe mencionar, en primer lugar, la Constitución Política de la República en sus Artículos 6, 7 y 38 inciso 2. Este último señala que:

Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño.

Asimismo, la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (LOCBGAE) establece tanto en su Artículo 4, como en su Artículo 42, la responsabilidad del Estado por los daños que causen los órganos de la Administración por falta de servicio, señalando previamente, que forman parte de éstos, entre otros, los servicios públicos.

2.2. Desarrollo doctrinal

Este tema ha sido desarrollado en Chile tanto por la doctrina, como por la jurisprudencia civil ordinaria, a falta de tribunales contencioso administrativo, quienes aplicando los principios que rigen al derecho privado han llevado a cabo la identificación de distintos problemas interpretativos respecto de la materia, y construcción de distintas posturas de los mismos²⁵⁷.

No es objeto de este trabajo profundizar en este tema, pero sí es necesario hacer referencia al mismo para contextualizar la problemática. Así las cosas, uno de los problemas que ha implicado grandes discusiones a nivel nacional ha sido la identificación del criterio de imputación de la responsabilidad extracontractual al Estado. A grandes rasgos, en un principio, la atención estuvo puesta en determinar el criterio como objetivo, entendiendo que no era necesario que se produjeran actos ilegales o negligentes para que se configurara la responsabilidad del Estado. Luego

257 PIERRY, Pedro: «La responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio». En *Revista del Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, Nº 1, 2000, p. 1.

se entendió que se trataba de una responsabilidad por culpa, entendida desde el ámbito civil, la que, por lo tanto, no se trataba de una responsabilidad subjetiva, pues atendía a estándares prefijados, *prescindiendo del juicio moral de reproche al sujeto que incurre en responsabilidad*²⁵⁸. Finalmente se ha entendido que la lectura de los artículos de la LOCBGAE en relación con los de la Constitución darían cuenta de que el criterio de imputación sería la “falta de servicio”, diferenciándose, de esta manera, de las dos anteriores. En los intentos por definir qué se entiende por falta de servicio se ha llegado al consenso de que sería la ausencia de servicio o su prestación deficiente o tardía, tal y como lo señalan, entre otros tantos, la sentencia Rol n° 6754/2006:

*La falta de servicio debe entenderse como la falta de aquello que le es exigible a la Administración, en este caso a la Municipalidad, y así se incurre en falta de servicio cuando el ente administrativo no actúa debiendo hacerlo, actúa mal y no como se espera de él, o actúa en forma tardía*²⁵⁹.

También lo señala así la sentencia Rol n° 2477/2007:

*El legislador no ha definido lo que debe entenderse por falta de servicio, pero la doctrina y jurisprudencia ha dicho que la hay cada vez que un servicio no funciona, no obstante la normativa legal le impone el deber de hacerlo, o lo hace en forma tardía o deficiente y, a raíz de ello, se causa un daño a terceros*²⁶⁰.

Cabe destacar que la falta de servicio es distinta a la falta personal en la que podría incurrir el funcionario público, toda vez, que la primera, se verifica con independencia de la existencia de la segunda. Es así, que existirá falta de servicio aun cuando el funcionario público haya realizado con dolo o culpa la prestación de un servicio deficiente. Lo corrobora así el Artículo 38 inciso 2 de la Constitución y los Artículos 4 y 42 inciso 2 de la LOCBGAE (Ley n° 18.575).

Todo lo anterior ha dado origen a una segunda gran discusión en el ámbito doctrinario, que se refiere a la forma en que debe ser entendida la falta de servicio, esto es: como responsabilidad objetiva, como responsabilidad subjetiva o como culpa en el servicio. Algunos señalan que de la lectura de la Constitución, como norma suprema del ordenamiento jurídico, puede deducirse que se trataría de una responsabilidad objetiva, en la que sólo bastaría la verificación del nexo de causalidad entre el hecho y el daño. En cambio, para otros, se trataría de una responsabilidad subjetiva, entendiendo que al exigirse la “falta de servicio”, es decir, la ausencia del servicio o el funcionamiento deficiente o tardío del mismo ya *no podemos estar frente a una responsabilidad objetiva, por cuanto ésta se*

258 BARROS, Enrique: *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Editorial Jurídica, Santiago, 2006, p. 485.

259 Sentencia de Corte Suprema. Rol n° 6754-2006. En el mismo sentido, Sentencia de Corte Suprema. Rol n° 4871-2010.

260 Sentencia de Corte Suprema. Rol n° 2477-2007.

*compromete sin necesidad de falta, bastando para ello que el daño exista y que exista la relación de causalidad entre éste y la acción del Estado*²⁶¹.

Más complejo aún resulta la distinción y consenso entre la falta de servicio como responsabilidad subjetiva o como culpa en el servicio. En este sentido, no queda más que señalar que, la jurisprudencia ha ido zigzagueando entre una y otra pues no existe mucha claridad sobre sus diferencias. Básicamente, Pierry entiende que la falta de servicio, entendida como responsabilidad subjetiva implica, que no basta la sola deficiencia del servicio y el consiguiente nexo de causalidad con el daño para establecer la responsabilidad extracontractual del Estado, sino que es necesario, además, el juicio moral de reprochabilidad hacia el órgano que debió prestar el servicio: si, por ejemplo, usando del poder de policía el Estado prohíbe legalmente utilizar las chimeneas a los particulares, y si la responsabilidad fuera objetiva y esta prohibición causa daño -lo que es evidente, ya que no se puede utilizar una inversión-, el Estado tendría que indemnizar. En cambio, en la responsabilidad por falta de servicio se exige, además, el elemento de reprochabilidad, esto es, que el daño se deba a una falta de servicio del Estado y como en el ejemplo se trata de una actividad legal no existe responsabilidad²⁶².

No podemos asegurar, a ciencia cierta, que la jurisprudencia se ha inclinado completamente por una u otra postura. Pero lo cierto es que hoy en día no es posible hablar de la responsabilidad por falta de servicio como una responsabilidad objetiva por regla general, sino que al contrario, esta concepción ha sido reservada por la jurisprudencia para el trato de los casos en los que expresamente la ley la ha hecho aplicable. Un ejemplo de ello está en el fallo Rol nº 811-10 que señala que:

*La falta de servicio no tiene el carácter de objetiva que le atribuye el actor, puesto que si bien es independiente de la culpa o dolo de quien la causa, deberá probarse por quien la alega, el mal funcionamiento del servicio, el funcionamiento tardío o el no funcionamiento del mismo*²⁶³.

No queda más que hacer mención a los requisitos de la responsabilidad extracontractual del Estado, según concuerdan la jurisprudencia y la doctrina chilena: a) que el demandado haya ejecutado alguna acción o incurrido en alguna omisión; b) que dicha actuación desplegada haya sido realizada en forma negligente, a lo menos culposamente (imputación del daño a la conducta); c) que la acción u omisión negligente haya causado daño a los demandantes; d) que exista relación de causalidad entre la acción desplegada y el daño sufrido por los actores²⁶⁴, debiendo concurrir todos ellos copulativamente.

261 PIERRY, Pedro: «¿Es objetiva la responsabilidad del Estado? Estado actual de la Jurisprudencia». En *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, Nº 11, p. 2.

262 Cfr. PIERRY, Pedro: «¿Es objetiva la responsabilidad del Estado?...» Ob. cit., p. 2.

263 Sentencia de Corte de Apelaciones de Concepción.

264 Sentencia de Corte de Apelaciones de San Miguel. Rol nº 6523-2009. Considerandos 11º a 13º.

3. Fundamentos legales de la responsabilidad extracontractual por incumplimiento en los deberes de Gendarmería

3.1. Gendarmería como órgano de la Administración del Estado

La calidad de servicio público que tiene Gendarmería de Chile le ha sido otorgada por el Artículo 1 de su Ley Orgánica, el cual establece que *Gendarmería de Chile es un servicio público dependiente del Ministerio de Justicia*, pudiendo de esta manera incurrir en responsabilidad extracontractual en los términos establecidos en los Artículos 6, 7 y 38 inciso 2 de nuestra Constitución y 1, 4 y 42 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

Mientras que todo lo referido a la forma de administración de los Centros Penitenciarios se encuentra regulado en el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, lo que, como se ha dicho previamente, es una clara vulneración al principio de legalidad de la ejecución penal establecido en nuestro Código Penal, así como en diversos instrumentos internacionales.

3.2. Los deberes de seguridad interna y custodia de Gendarmería: Regulación en Chile y España

Son diversas las normas que regulan estos deberes en la legislación chilena, entre ellos cabe mencionar el Artículo 3 de la Ley Orgánica de Gendarmería y los Artículos 1, 10 letras a) y d), 75 y 76 del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, todos ellos referidos, tanto a los deberes en general, como a la especial restricción de los derechos en virtud del cumplimiento de los mismos.

Respecto de la responsabilidad extracontractual en la legislación española, además de su normativa interna respecto al tema, vale citar la recomendación R (84) 15 relativa a la responsabilidad pública, adoptada en el Comité de Ministros del Consejo de Europa, la que tiene *un carácter de mínimo que se predica en los reglamentos y actos administrativos con independencia de que los derechos nacionales puedan brindar una mayor protección, o extenderla a otra género*²⁶⁵. Y en lo que se refiere a los deberes de gendarmería estos se encuentran establecidos en su Ley Constitucional General Penitenciaria y precisados en su Reglamento Penitenciario.

En Chile el desarrollo jurisprudencial y doctrinal de estos deberes es escaso, no así en España, que ha alcanzado un rico desarrollo en la materia. Sin embargo, lo anterior debe observarse teniendo presente que en dicho Estado la falta de servicio es entendida como responsabilidad objetiva, lo que en la práctica, trae como consecuencia que el Fisco sea condenado con mayor facilidad y en numerosas ocasiones a indemnizar los daños sufridos por el mal funcionamiento de los servicios públicos, entre ellos, los cometidos por los funcionarios de prisión. Así entonces,

265 GUICHOT, Emilio: *La responsabilidad extracontractual de los poderes públicos según el Derecho Comunitario*. Valencia, 2001, p. 751.

se intentará dar una primera aproximación al contenido de los deberes de custodia y seguridad interna, por medio de la jurisprudencia española, pero teniendo en consideración los límites de la falta de servicio establecido en la doctrina nacional.

3.3. Fundamento del deber de custodia y seguridad interna: Protección de la vida e integridad física de los internos

La protección de la sociedad no es la única de las tareas encargadas a la Administración Penitenciaria, sino que también la protección de los mismos internos en virtud de la posición de garante de la vida e integridad física que el Reglamento y su Ley General les ha encomendado en virtud de distintas disposiciones, entre ellos el Artículo 6 inciso 3 que establece que *la administración penitenciaria velará por la vida, integridad y salud de los internos y permitirá el ejercicio de los derechos compatibles con su situación procesal*. La jurisprudencia española también ha reconocido dichos fundamentos en la Sentencia 67/2006 de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 26.09.2006, que se refiere a un delito de lesiones proferidas por un tercero contra un interno, y en la que se confirma el fallo recurrido por entender:

*Que se ha vulnerado abiertamente lo preceptuado en el Artículo 3º de la Ley General Penitenciaria que establece que la Administración Penitenciaria velará por la vida e integridad personal de los internos (...). Correlativamente se ha vulnerado el Artículo 4.2º del Reglamento Penitenciario que establece que los internos tienen derecho a que la Administración Penitenciaria vele por sus vidas, su integridad y salud*²⁶⁶.

Y la sentencia de la Audiencia Nacional, sala de lo Contencioso Administrativo de 16.02.99, que reza lo siguiente:

*La Ley General Penitenciaria de 26 de Septiembre de 1979 y su Reglamento de 8 de Mayo de 1981, sientan que, las Instituciones Penitenciarias si bien tienen como fin substancial la retención y custodia de los detenidos, presos y penados, tiene también el deber de velar por su integridad (Artículos 1, 3, 4 y 81 de la Ley y 1, 5.3 y 23 del Reglamento)*²⁶⁷.

La seguridad interior de los recintos y la convivencia ordenada de los mismos es la forma de prevenir o reprimir cualquier atentado contra sí mismos o contra terceros. Siendo así, el deber de velar por la vida e integridad física de los internos –tal y como lo reconoce la Sentencia de la Audiencia Nacional, sala de lo Contencioso Administrativo de 16.02.99- *se cumple a través de una serie de medidas de vigilancia y seguridad tendientes entre otras cosas a comprobar si las actuaciones de los presos ponen en peligro su vida o la de sus compañeros*²⁶⁸. Para ello, tanto en Chile como en España, se les ha conferido a los funcionarios

266 MINISTERIO DEL INTERIOR: *Jurisprudencia Penitenciaria 2006*. Ministerio del Interior y Secretaría General Técnica, Madrid, 2008, p. 333.

267 MINISTERIO DEL INTERIOR: Ob. cit., p. 633.

268 *Ibidem*.

de prisión diversos poderes que deben ser ejercidos con el objeto de resguardar estos deberes, pero en el entendido de que ellas mismas limitan más derechos que los que por sentencias se les ha restringido a los internos y que, en principio, son discrecionales de la Administración, por lo que deben precisarse en detalle. Así también lo entiende la doctrina española cuando señala que:

el cumplimiento por la instituciones penitenciarias de sus fines constitutivos conlleva consigo la necesidad de que ostenten una serie de poderes encaminados a asegurar la convivencia ordenada o buen orden regimental, mediante la implantación de mecanismos preventivos de vigilancia, control y seguridad -las llamadas medidas de seguridad-, y de otra parte la posibilidad de imponer sanciones o correctivos respecto de aquellas conductas que atenten contra la seguridad y la convivencia ordenada dentro de los establecimientos²⁶⁹.

4. Los deberes de seguridad interna y custodia de Gendarmería

4.1. Facultades de la Administración del Estado

El cumplimiento de las facultades previamente mencionadas tiene diversas formas y oportunidades de cumplimiento. De tal manera que las podemos clasificar entre aquellas que: se ejercen de manera preventiva a la realización de cualquier conducta que pudiera representar un atentado al derecho protegido, las que se ejercen al momento de realizarse un eventual atentado; aquéllas que implican medidas de represión ante mal comportamiento. Una tercera posibilidad, que se está desarrollando en España, es la ‘mediación penitenciaria’ que surge como un medio mucho menos gravoso para los derechos fundamentales de los internos.

4.2. Las medidas preventivas

Pueden ser definidas como todas aquellas facultades que tienen los funcionarios de prisión para prevenir cualquier peligro o lesión para la vida e integridad física de los sujetos que se encuentran en los centros penitenciarios, los que pueden consistir en atentados contra la propia vida o contra la de un tercero mediante el ingreso al centro penitenciario o a una sección de éste, de objetos peligrosos o prohibidos por la ley. Éstas las podemos dividir en tres: las medidas de seguridad, las medidas de coerción y la mediación penitenciaria.

En Chile sólo tenemos algunas disposiciones destinadas a las medidas preventivas, entre ellos el Artículo 79 letra c) del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios que las menciona a modo de ejemplo, y del que podemos extraer que se tratarían de medidas de seguridad: *allanamientos, registros, recuentos, en-*

269 CASTRO, José: *Ley General Penitenciaria: comentarios, jurisprudencia, concordancias, doctrina*. Editorial Colex, 2da edición, 2005, p. 359.

cierros, desencierros y otros similares. También el Artículo 29, sobre la restricción de comunicaciones, el Artículo 59 sobre suspensión o restricción de visitas y el Artículo 57 sobre la prohibición de visitas. Todas las cuales sólo llevan explícito el requisito general ‘por razones de seguridad’ y, por ende, sin precisar otro específico límite para la realización de estas facultades, lo que claramente podría derivar en el abuso de las mismas.

a) Medidas de seguridad

Son las medidas preventivas por excelencia y consisten básicamente en desproveer al recluso de todo objeto peligroso o prohibido por la ley, tanto en el ingreso al centro o sección de éste, como durante su permanencia en el recinto, tal y como hace referencia el auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 17.01.03 *para proceder al cacheo, que tiene efectos preventivos de la difusión de la droga y disuasorios de su introducción*²⁷⁰. El ejercicio de estas medidas siempre importan una restricción a los derechos de los internos por los que deben concurrir en ellas tanto un requisito general, como los específicos de cada uno, tal y como es posible extraer de la precisión que de cada uno de ellos realiza el Reglamento y del Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Ocaña de 24.05.05:

*la responsabilidad de la Administración Penitenciaria de establecer medios adecuados para preservar la seguridad y el orden del centro, sin que ello implique que los internos deban quedar desamparados de sus derechos fundamentales, entre ellos la intimidación corporal como parte integrante del derecho a la intimidad, Artículo 18.1 CE, que no siendo un derecho absoluto, no por ello cualquier intromisión en tal derecho como el único soporte del recurso a la seguridad y el orden, debe ser aceptable*²⁷¹.

El Reglamento Penitenciario Español señala como tales medidas *la observación de los internos, los recuentos de la población reclusa y los registros, cacheos, requisas, controles e intervenciones*, cada uno de ellos con sus respectivos requisitos particulares, precisados en el mismo cuerpo normativo.

Las sentencias en el Derecho Español han fallado numerosas veces sobre una de estas medidas: los cacheos. Los cacheos consisten en registros realizados a los internos, sus pertenencias o locales que ocupen (Artículo 23 de la Ley Orgánica Constitucional Penitenciaria) por parte del personal de Gendarmería, los que deben realizarse con observancia a la garantías y con respeto a la dignidad humana. De ellos, los que generan más complejidad son los llamados ‘cacheos con desnudo integral’ los que deben realizarse, como lo señala el Artículo 68.2 del Reglamento, por motivos de seguridad concretos y específicos, cuando existan razones individuales y contrastadas que hagan pensar que el interno oculta en el interior de su

270 MINISTERIO DEL INTERIOR: *Jurisprudencia Penitenciaria 2006*. Ministerio del Interior y Secretaría General Técnica, Madrid, 2008, p. 442.

271 MINISTERIO DEL INTERIOR: *Jurisprudencia Penitenciaria 2006*. Ministerio del Interior y Secretaría General Técnica, Madrid, 2008, p. 445.

cuerpo algún objeto peligroso o sustancia susceptible de causar daño a la salud o la integridad física de las personas o de alterar la seguridad o convivencia ordenada al establecimiento.

En cuanto a la evaluación de los motivos y de las razones individuales, cabe señalar que deben existir sospechas fundadas en la evaluación de los antecedentes particulares del interno y circunstancias concretas, de que él mismo podría ingresar al recinto objetos peligrosos o prohibidos. La sentencia del Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 17.01.03 señala: *ciertamente hubiera sido deseable que se concretara un poco más si en este caso el riesgo de introducción de objetos prohibidos era singularmente elevado*²⁷².

La omisión de cumplimiento o el abuso de estas medidas dan lugar a la responsabilidad extracontractual del Estado.

b) Medidas de coerción

Son medidas que *surgen para prevenir que se produzca una lesión o se ponga en peligro la seguridad y la ordenada convivencia de un Establecimiento, siendo de naturaleza preventiva* (Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Ocaña de 16.02.99)²⁷³.

Tampoco estamos en presencia de un tipo de medida de seguridad, de las cuales se distinguen no sólo por lo más gravoso de su intervención, sino también, en el objetivo que persiguen. Mientras las de seguridad buscan evitar el ingreso de elementos prohibidos o peligrosos, las de coerción buscan tanto la evitación de actos de evasión o de violencia de los internos, la evitación de daños de los internos a sí mismos, a otras personas o cosas o vencer en el ejercicio de su cargo, tal y como lo establece el Artículo 45 nº 1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

A su vez, el Artículo 72.1 del Reglamento Penitenciario de España señala que corresponden a estas medidas: el aislamiento provisional, la fuerza física personal, las defensas de goma, los aerosoles de acción adecuada y las esposas.

Todas estas medidas tienen como requisitos, los siguientes²⁷⁴:

1. No pueden implicar una sanción encubierta, puesto que no son una respuesta a una infracción o falta realizada por un interno.
2. Deben ser proporcionales al fin perseguido, para lo cual debe atenderse al particular estado en que se encuentra el interno, así como a las circunstancias concretas del momento en que se produce la situación de anormalidad que motiva la aplicación de la medida.

272 MINISTERIO DEL INTERIOR: Ob. cit., p. 442.

273 MINISTERIO DEL INTERIOR: Ob. cit., p. 299.

274 MINISTERIO DEL INTERIOR: *Jurisprudencia Penitenciaria 2006*. Ministerio del Interior y Secretaría General Técnica, Madrid, 2008, p. 300.

3. No pueden durar más allá del tiempo estrictamente necesario. Así en el caso del aislamiento provisional se señala que la excepcionalidad de la medida estaría dada

debido a que tal tipo de medidas suponen una situación excepcional que conlleva la suspensión de las actividades normales, pues no cabe que un interno que se encuentra agresivo y violento y, que por tal motivo ha sido aislado provisionalmente, pueda participar de actividades, salir a comunicar, o realizar su paseo, etc. La realización de tales actos implicaría un comportamiento normal que determinaría de inmediato el cese de la medida aplicada²⁷⁵.

De lo anterior se puede desprender que la medida debe mantenerse sólo mientras subsista la situación de anormalidad que ha dado lugar a ella.

4. Sólo se aplicarán cuando no exista otra medida menos gravosa.

c) Mediación penitenciaria

No se encuentra estipulada expresamente en la ley, pero de todas maneras, constituye una medida de prevención y solución de conflictos. La mediación penitenciaria aparece como una alternativa al aumento de violencia en las cárceles, generada, entre otras cosas, por

soluciones institucionales que neutralizan temporalmente el conflicto pero que mantiene e intensifica las causas que dieron lugar al mismo: incremento del miedo, de la violencia, de la rabia por las posibles «ganancias» del otro, la consiguiente tensión por la posible pérdida de los permisos o la eventual regresión en grado²⁷⁶.

Para ello se han elaborado numerosos artículos que se refieren a la forma de llevarla a cabo, que, por cierto, debe tener características especiales que la hagan aplicable a una realidad distinta donde existen propios valores, lenguaje, sanciones, entre otros. Pero no es el objeto de este trabajo profundizar en ello.

Retomando el tema, producto de que la mediación penitenciaria no está establecida en el Reglamento ni por la Ley Orgánica, su no aplicación no genera ningún tipo de responsabilidad por parte de la Administración.

4.3. Medidas presenciales

Se refieren más bien a la vigilancia permanente de los reclusos y la actuación oportuna de los funcionarios en casos de riñas o cualquier otro hecho que pueda poner en peligro la vida o integridad física de los mismos. Las cámaras de segu-

275 MINISTERIO DEL INTERIOR: Ob. cit., p. 288.

276 RÍOS, Julián: «El principio de oportunidad en el procedimiento disciplinario: la mediación penitenciaria». En *Consejo del Poder Judicial*: «El juez de vigilancia penitenciario y el tratamiento penitenciario». Editorial LerkoPrint, nº 84, Madrid, 2005, p. 106.

ridad son un ejemplo de estas medidas. Generan responsabilidad extracontractual tanto por la omisión, como por la acción abusiva de las mismas.

4.4 *Las medidas disciplinarias*

No son propiamente medidas destinadas inmediatamente al cumplimiento de estos deberes, por el hecho de que tienen como primer objetivo fortalecer el respeto por la autoridad y los demás reclusos. Sin embargo, en España son considerados como poderes para el cumplimiento de los deberes de seguridad y custodia, el que se cumpliría (estimulando) *el sentido de la responsabilidad y la capacidad de autocontrol dentro del CP*²⁷⁷. En ellas tiene plena observancia los principios de legalidad, con sus distintas proyecciones, proporcionalidad y el de culpabilidad²⁷⁸.

De esta manera, pueden ser definidas como sanciones establecidas en la Ley que aplica la Administración Penitenciaria como respuesta a alguna infracción cometida y que tienen por finalidad preservar la seguridad interna y la convivencia ordenada, por medio del fortalecimiento del respeto, la responsabilidad y el autocontrol de los internos. Deben aplicarse con plena observancia de los derechos fundamentales y los principios de proporcionalidad, culpabilidad y *conectada con este fin último (conservar la convivencia ordenada y la seguridad), no pudiendo olvidar que las mismas suponen una gravosa modificación del status libertatis ya limitado por el propio cumplimiento de la pena*²⁷⁹.

No generan la responsabilidad extracontractual por omisión, sino sólo por la acción abusiva de las mismas, es decir, sin el cumplimiento de alguno de los requisitos exigidos para las mismas o con la vulneración a alguno de los derechos y principios que le son aplicables.

Es el Artículo 42 nº 2 de la Ley General Penitenciaria que señala taxativamente este tipo de medidas:

- a). *Aislamiento en celda, que no podrá exceder de catorce días.*
- b). *Aislamiento de hasta siete fines de semana.*
- c). *Privación de permisos de salida por un tiempo que no podrá ser superior a dos meses.*
- d). *Limitación de las comunicaciones orales al mínimo de tiempo previsto reglamentariamente, durante un mes como máximo.*
- e). *Privación de paseos y actos recreativos comunes, en cuanto sea compatible con la salud física y mental, hasta un mes como máximo.*
- f). *Amonestación.*

277 RÍOS, Julián: Ob. cit., p. 113.

278 Cfr. CASTRO, José: Ob. cit., pp. 363- 366.

279 RÍOS, Julián: Ob. cit., p. 108.

Cada una de ellas se puede aplicar simultáneamente, siempre que concurren los distintos supuestos que las hacen procedentes. La precisión de cada una de ellas las encontramos en el Reglamento Penitenciario.

4.5 Los derechos fundamentales y las medidas de tratamiento: los límites generales

No existe duda alguna de que los límites generales a cualquier intervención de la autoridad son los derechos fundamentales y el respeto a la dignidad humana. El caso penitenciario no es la excepción y para ello se les ha conferido a los internos una serie de garantías, tanto normativas, institucionales, internacionales y jurisdiccionales²⁸⁰.

Lo cierto es que los poderes que Gendarmería de Chile ostenta para el cumplimiento de sus deberes/tareas de seguridad interna y custodia generan restricciones a los mismos. Por mucho tiempo estas intervenciones estuvieron justificadas en las llamadas ‘relaciones de especial sujeción’, entendiendo que los internos eran

*administrados cualificados, lo cual permitía a la administración disponer de un conjunto de poderes más intensos que los que podía tener de un administrado simple, permitiendo -incluso- aceptar con mayor flexibilidad la aplicación del principio de legalidad y tolerar una mayor apertura a la regulación reglamentaria respecto de las materias de reserva legal*²⁸¹.

Por otro lado, España ha rechazado esta teoría estableciendo que estas mismas relaciones especiales de sujeción otorgan una exigencia mayor para Gendarmería en cuanto a la protección de los derechos fundamentales de los internos. De tal manera, que la intervención a los mismos debe ser mínima y cumpliendo previamente con los requisitos específicos establecidos por la normativa respectiva.

Por lo tanto,

*el abandono de la referida teoría [de relaciones especiales de sujeción] hace que siga vigente toda la riqueza de derechos constitucionales de la persona (...) como consecuencia lógica de una concepción de la pena entendida como proceso de comunicación y de aprendizaje social. La meta resocializadora se convierte en el motor de dinamización de las relaciones del colectivo penitenciario decisivo en el plano normativo*²⁸².

El otro límite general son las medidas de tratamiento tendientes a los fines de prevención especial positiva, las que no pueden ser obstaculizadas por ninguna

280 FERNÁNDEZ, Luis: *Manual de derecho penitenciario*. Editorial Aranzadi, 2011, p. 648.

281 CENTRO DE DOCUMENTACIÓN DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA: *Informes de Derecho*. Nº 7, octubre 2010, p. 83.

282 BORJA, Caffarena: «Tratamiento penitenciario y derechos fundamentales». En *Associació Catalana de Juristes Demòcrates*: Jornadas penitenciarias con la colaboración del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona, ayuntamiento de Barcelona, Associació per la promoció e inserció profesional (APIP), Editorial J. M. Bosch S. A., Barcelona, 1994.

de ellas según lo señala el Artículo 73 n° 2 del Reglamento Penitenciario Español y también la doctrina española.

Difícilmente cumplen con este límite las medidas disciplinarias, toda vez que el principal efecto de ellas consiste en la pérdida de beneficios, que en estricto rigor, son medidas de tratamiento tendientes a la reinserción social, lo que *se concreta en la exigencia legal o reglamentaria de tener “buen comportamiento”*²⁸³ para obtenerlos.

5. El nexo de causalidad

En España, constantemente el Estado alega la falta de nexo de causalidad por entender que, en materia civil extracontractual, debe ser directa, exclusiva e inmediata. A lo que los distintos Tribunales Contenciosos Administrativos han respondido estableciendo que debe tenerse en consideración que la falta de servicio del Estado puede concurrir conjuntamente con otras causas en la realización de un perjuicio, siempre y cuando la causa primera haya sido el incumplimiento de la administración, y por lo tanto, la causalidad puede aparecer bajo formas mediatas, indirectas y concurrentes.

Así lo evidencia la sentencia del Tribunal Supremo, sala de lo Contencioso Administrativo de 28.03.00, al señalar que

*no es obstáculo a la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración en los casos de fallecimiento de internos en establecimientos penitenciarios por obra de otra persona- o en el caso que examinamos, por su propia voluntad suicida- el carácter directo, inmediato y exclusivo con que la jurisprudencia viene caracterizando el nexo causal entre la actividad administrativa y el daño o lesión, pues, como afirma la sentencia de 25 de Enero de 1997, entre otras, la imprescindible relación de causalidad entre la actuación de la Administración y el resultado dañoso producido puede aparecer bajo formas mediatas, indirectas y concurrentes*²⁸⁴.

Como es posible apreciar los casos de atentados contra la vida e integridad física propendidos por un tercero, e incluso en los casos de suicidio de la víctima son considerados como responsabilidad del Estado.

En las situaciones en que es un tercero el que provoca el daño, por ejemplo, matando a otro interno, la Administración del Estado ha sido condenada subsidiariamente por el hecho de tratarse de casos en que, no obstante no haber actuado directamente, lo ha hecho toda vez que no previó la conducta del interno en base a su peligrosidad, pudiendo hacerlo mediante la observación de los internos establecida en el Artículo 66 del Reglamento Penitenciario. De tal manera, que ha

283 RÍOS, Julián: Ob. cit., p. 113.

284 MINISTERIO DEL INTERIOR: Ob. cit., p. 608.

omitido la aplicación de medidas de coerción o de seguridad que podrían haber evitado la realización de la lesión.

Esto se ratifica en la sentencia del Tribunal Supremo, sala de lo Contencioso Administrativo de 14.06.99 al señalar que:

como ocurre con toda normalidad en materia de responsabilidad extracontractual, pueden aparecer concatenadas varias causas. Pero no es menos líquido que la causa primera -que hizo posible que las demás pudieran actuar- fue una situación deficiente en la vigilancia preventiva que permitió que el interno homicida pudiera llegar a hacerse con el arma blanca con la que causó la muerte de su víctima²⁸⁵.

En cuanto a los suicidios y muerte por sobredosis al interior de la cárcel, éstos parecen ubicarse dentro de los casos de daños producidos por ‘imprudencia de la víctima’, toda vez que es el mismo interno el que provoca el daño. Sin embargo, es importante tener presente que el deber de cuidado que recae sobre los funcionarios penitenciarios los hace responsables de aplicar medidas de cuidado especiales sobre aquellos internos que tuvieren antecedentes que hicieran sospechar que podría atentar contra su vida.

En este sentido se pronuncia la sentencia de 28.03.00 del Tribunal Supremo, sala de lo Contencioso Administrativo:

Si bien la muerte del interno fue debida fundamentalmente a su propia actuación por cuanto está claro que se suicidó, administrativamente se incurrió en una negligencia que podría haber impedido o, al menos, dificultado esa actuación lesiva de la propia vida. Así se desprende del intento anterior de suicidio producido durante su precedente detención y del que no se había advertido a la prisión²⁸⁶.

De todo lo anterior cabe concluir que el nexo de causalidad admite causas concurrentes en la realización del daño cuando la acción ha sido realizada por un tercero o por la víctima, siempre y cuando la causa primera haya sido la infracción al deber de cuidado del órgano administrativo al no tomar en cuenta los antecedentes particulares de dichos internos que hubieran llevado a adoptar las medidas especiales respecto de ellos.

6. La imputación de daño: El estándar de servicio en el cumplimiento de los deberes y la anormalidad del mismo

Como se ha hecho referencia con anterioridad, el criterio de imputación de la responsabilidad extracontractual al Estado es la falta de servicio entendida como una anormalidad en el mismo. En la determinación de ésta, es importante el establecimiento de un estándar que permita evaluar si el servicio se prestó o no normalmente. En este sentido, Barros ha señalado que *la normalidad tiene que*

285 MINISTERIO DEL INTERIOR: Ob. cit., p. 603.

286 MINISTERIO DEL INTERIOR: Ob. cit., p. 604.

*ver con expectativas normativas de la comunidad: no se refiere a aquello que uno quisiera como servicio eficiente, sino aquello que se tiene derecho a esperar*²⁸⁷, lo cierto es que dichas expectativas dicen relación con la capacidad del servicio en concreto.

De tal modo, el cumplimiento de los deberes de custodia y seguridad interna envuelven el cumplimiento cabal de todas las medidas que se han desarrollado con anterioridad, siendo las más relevantes las preventivas, pues el Estado Español es constantemente condenado por ellas, aun habiendo cumplido las de disciplina y las presenciales. Lo anterior se comprende en el contexto de que la misión principal de la administración penitenciaria es velar por la vida e integridad física de los internos, por lo cual no es justificación suficiente el haber impedido efectos más gravosos o haber sancionado a quien los hubiere provocado.

Así al menos lo ha dejado ver la jurisprudencia española en varias sentencias en las que ha condenado al Fisco al pago de indemnizaciones. Entendiendo que hay anormal funcionamiento del servicio cuando los internos introducen al recinto objetos prohibidos o peligrosos, provocando con ellas lesiones a otros internos, aun cuando los funcionarios hayan intervenido en la riña evitando que las consecuencias hubieran sido más graves. Y también cuando los internos atentan contra sí mismos (casos de sobredosis y suicidios), sin que la Administración lo haya evitado, pudiendo hacerlo. Tal y como lo ilustra el siguiente extracto de la Sentencia de la Audiencia Nacional: *De acuerdo con la decisión del pleno de la Sala, entonces, es evidente que en el presente caso hubo infracciones reglamentarias, pues de lo contrario el acusado no hubiera podido tener en su poder el arma con la que produjo la muerte*²⁸⁸ y también la sentencia del mismo tribunal de 16.06.00 que señala:

*Como supuestos de funcionamiento anormal cabe citar: 1º) Los casos en que existía constancia de intentos de suicidios y no se adoptan las consecuentes medidas de vigilancia 2º) Cuando las dependencias o celdas no reúnen las condiciones para evitar en la medida de lo posible tales sucesos o en ella existen instrumentos que puedan favorecer intentos de suicidio 3º) Cuando no adoptan las medidas de vigilancia adecuadas a la situación o estado de la víctima*²⁸⁹.

Una necesaria distinción en este ámbito es la que dice relación con los objetos que son peligrosos y los objetos prohibidos. Los objetos prohibidos son todos aquellos objetos que la ley presume peligrosos para la seguridad y la convivencia ordenada enumerados en el Artículo 51 del Reglamento Penitenciario Español y en dispersos artículos de nuestro Reglamento. En cambio los objetos peligrosos, según la jurisprudencia española, son aquellos que pueden significar un riesgo a la seguridad interna en relación a los antecedentes particulares de los internos, pero

287 BARROS, Enrique: Ob. cit., p. 511.

288 MINISTERIO DEL INTERIOR: Ob. cit., p. 631.

289 MINISTERIO DEL INTERIOR: Ob. cit., p. 640.

que en abstracto no lo son. De este modo, para evaluar la anormalidad del servicio será necesario mirar el caso concreto de que se trata.

Ahora bien, en cuanto a las medidas disciplinarias, la falta de servicio no puede ser entendida como una abstención en la actuación de la Administración, sino que, al contrario, su funcionamiento anormal consiste en la acción o ejercicio abusivo de las mismas. Ello implica que se hayan aplicado sin observar los requisitos específicos de cada medida o con vulneración de los derechos fundamentales, o si ellas mismas han generado una obstrucción de las medidas destinadas al tratamiento.

7. Conclusiones

Para finalizar esta aproximación a las tareas de seguridad interna y custodia de la administración penitenciaria se puede señalar que:

Se trata de tareas que emanan del deber de protección que tiene la Administración sobre la vida e integridad física de las personas privadas de libertad.

Se cumplen mediante el ejercicio de medidas preventivas, presenciales y represivas. No obstante, no todas ellas dan lugar a responsabilidad extracontractual por omisión de servicio. Por ejemplo, las medidas disciplinarias sólo dan lugar a dicha responsabilidad cuando implican un abuso en el ejercicio de las mismas, y la mediación penitenciaria jamás da lugar a responsabilidades.

La causalidad entre el daño y la acción u omisión de la Administración admite concurrencia de causas, siempre y cuando la primera de ellas haya sido el incumplimiento de las medidas otorgadas para el cumplimiento de sus deberes. Entendiendo, por tanto, que la causalidad puede ser mediata, indirecta y concurrente.

En cuanto a la imputación del daño a la Administración, cabe mencionar que el principal estándar de servicio para calificar la anormalidad del mismo lo encontramos en el cabal ejercicio de las medidas preventivas. De tal manera, que si éstas no se cumplen de acuerdo a lo establecido en la ley y el Reglamento se generan las responsabilidades correspondientes hacia la Administración, aun cuando la misma haya actuado con posterioridad ejerciendo las demás medidas concedidas por ley.

Es urgente que la doctrina y la jurisprudencia chilena avance en este tema, pues cabe recordar que la ausencia de cumplimiento de estos deberes ha sido entendida por la CIDH como un trato cruel, inhumano y degradante, prohibido por la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura, entre otros documentos internacionales y nacionales.

