



UNIVERSIDAD DE CHILE

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Penal

**PROBLEMÁTICAS EN TORNO AL TRASLADO DE ESTABLECIMIENTOS
PENITENCIARIOS DE CONDENADOS A PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD.**

Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Andrés Rodrigo López Cabello

Profesor guía: Eduardo Nicolás Sepúlveda Crerar

Santiago, Chile

2013

A mis padres.

*“Castigo” se llama a sí misma, en efecto, la venganza:
con una palabra embustera se finge hipócritamente una buena conciencia.*

Friedrich Nietzsche

*Es como si a menudo olvidáramos de qué se trata el castigo,
que es un acto realizado con la intención de hacer sufrir a otros seres humanos.*

Nils Christie

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	1
CAPITULO I. TRASLADOS.....	4
I.1. Concepto de Traslado. Delimitación objeto del estudio.....	4
I.2. Traslado Activo y Traslado Pasivo. Traslado Gravoso.....	8
I.3. Causales de traslado y situación actual en Chile.....	8
CAPITULO II. FUNCIÓN DE LA PENA Y TRASLADOS.....	12
II.1. Teorías justificacionistas o legitimantes de la Pena.....	12
II.1.i. Teorías Absolutas o de Retribución.....	12
II.1.ii. Teorías Relativas o de Prevención.....	13
II.1.iii. Teorías Unitarias o Mixtas.....	16
II.2. Fin de la pena en la etapa de ejecución penal.....	18
CAPITULO III.MARCO NORMATIVO DEL TRASLADO DE CONDENADOS EN CHILE.....	23
III.1. Normativa Nacional.....	24
III.1.i. Constitución Política de la República.....	24
III.1.ii. Código Orgánico de Tribunales.....	28
III.1.iii. Ley Orgánica Constitucional del Ministerio de Justicia.....	29
III.1.iv. Ley Orgánica Constitucional de Gendarmería de Chile.....	29
III.1.v. Código Penal.....	31
III.1.vi. Código Procesal Penal.....	31

III.1.vii. Decreto Supremo 518 del Ministerio de Justicia que establece el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios.	34
III.2. Normativa Internacional.	40
III.2.i. Declaración Universal de Derechos Humanos.	40
III.2.ii. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.	41
III.2.iii. Convención Americana sobre Derechos Humanos.	42
III.2.iv. Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.	43
III.2.v. Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura.	44
III.2.vi. Convención sobre los Derechos del niño.	45
III.2.vii. Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos.	47
III.2.viii. Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión.	49
III.2.ix. Principios y Buenas Prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas.	49
III.3. Conclusiones.	51
CAPITULO IV. ... TRASLADO COMO AFECTACIÓN DE DERECHOS.	53
IV.1. Concepción tradicional del traslado como decisión inocua.	53
IV.2. Traslado como afectación de Derechos.	54
IV.2.i. Traslado Pasivo como medida de seguridad.	54
IV.2.ii. Traslados y la importancia de las visitas familiares.	56
IV.2.iii. Trabajo, Educación y Traslados.	59
IV.2.iv. Conducta, Beneficios y Traslados.	60
IV.2.v. Acceso a la Justicia.	61

IV.2.vi. Principio de intrascendencia de la pena.	61
IV.2.vii. Integridad familiar, instrumentalidad del Estado y Traslados.	63
IV.2.viii. Derechos del niño y traslados de su padre o madre privada de libertad.....	64
CAPITULO V. TRASLADO COMO SANCIÓN ENCUBIERTA Y MECANISMO DE CONTROL.....	66
V.1. El traslado como medida disciplinaria y de control.....	66
V.2. Ejemplos concretos en Chile.....	68
V.3. Inconstitucionalidad de esta práctica.....	72
V.4. Principios de Legalidad y Debido Proceso.	74
V.4.i. Principio de Legalidad.	75
V.4.ii. Debido Proceso. Presunción de inocencia y derecho de defensa.....	77
V.5. Nueva política de Gendarmería de Chile, explicitación de una práctica real.....	84
CAPITULO VI.OFICIO N° 6562-2007 DE LA EXCELENTÍSIMA CORTE SUPREMA.....	87
VI.1. Análisis.....	88
VI.2. Consecuencias problemáticas.	90
VI.3. Necesaria reformulación.	95
CONCLUSIONES.....	97
BIBLIOGRAFÍA.	103

RESUMEN

Este trabajo es una primera aproximación a un problema escasamente tratado en la ejecución penal en Chile y que se refiere al traslado de Establecimientos Penitenciarios de personas condenadas a penas privativas de libertad.

Se comenzará haciendo referencia al concepto de “traslado” de forma tal de delimitar claramente el objeto de estudio, seguida luego de un somero análisis de las teorías justificantes de la pena que han de orientar a los actores de la ejecución penal en el ejercicio de sus potestades legales.

En seguida, para una mejor comprensión del problema planteado, analizaremos la normativa pertinente tanto a nivel nacional como internacional, que sea de relevancia para el traslado de condenados a penas privativas de libertad.

Se afirmará en este trabajo que el traslado de un condenado no es una decisión administrativa inocua, sino que, muy por el contrario, ésta puede acarrear vulneración de derechos tanto del interno trasladado, como de su núcleo familiar y social. Y que, por lo mismo, aun cuando se trate de una potestad discrecional de Gendarmería, no se encuentra ajena al control jurisdiccional.

Por otra parte, se expondrá también el cómo la Autoridad Penitenciaria, en ejercicio de sus potestades legales, utiliza el traslado de los internos con la intención de sancionarlos informalmente y como mecanismo de control dentro de los Establecimientos Penales, excediendo de esta forma los límites del Estado de Derecho.

Por último, nos dedicaremos a analizar el oficio N°6562-2007 de la Excelentísima Corte Suprema, con el objeto de demostrar que éste no es obstáculo para que los Tribunales de Justicia intervengan cuando por el traslado se puedan afectar derechos de los condenados y su núcleo familiar y social.

INTRODUCCIÓN.

En horas de la madrugada del 08 de Diciembre del año 2010, en el Centro de Detención Preventiva de San Miguel, dependiente de Gendarmería de Chile, se produjo un incendio en la Torre 5, Cruceta Sur del cuarto piso. Esa mañana, 81 internos fallecieron producto de las llamas y el humo. Todo Chile pudo ver cómo los familiares de los condenados se agolpaban en la calle preguntando por sus hijos, hermanos, padres y esposos, mientras observaban el humo que, incesante, salía de las ventanas enrejadas.

Esta última gran tragedia carcelaria hizo que el Ministro de Justicia de ese entonces diera un golpe de timón en su Ministerio y cambiara de enfoque, para ingresar a ese mundo desconocido y oculto que son las prisiones. Con esto se comenzó a correr el velo de invisibilidad tras el cual estaban escondidas miles de personas que, en nuestro país, hemos condenado a vivir enjaulados en verdaderos depósitos de personas.

Si antes el proceso penal era secreto y la ejecución de la sentencia condenatoria pública, ejecutándose ésta ante la multitud en el cadalso, hoy el proceso es el público gracias a la Reforma Procesal Penal, mientras que la ejecución de la sentencia es ahora secreta. Es escondido dentro de las prisiones el lugar donde el Estado aplica institucionalmente dolor, sufrimiento, donde el Estado en representación de una sociedad entera, aplica la pena democráticamente establecida.¹

¹ “La prisión, la región más sombría dentro del aparato judicial, es el lugar donde el poder de castigar, que ya no se atreve a actuar a rostro descubierto, organiza silenciosamente un campo de objetividad donde el castigo podrá funcionar a pleno día como terapéutica, y la sentencia inscribirse entre los discursos del saber.” FOUCAULT, Michel. “Vigilar y Castigar. El nacimiento de la prisión” Siglo XXI Editores. 2ª Ed. 2008 Buenos Aires. Pág. 296

En este escenario, en que el Estado decide imponer dolor a sus propios ciudadanos, no se entiende el por qué la dogmática jurídica se ha dedicado tanto a responder las preguntas del cuándo y cómo sancionar, reflejadas en los estudios y normas que regulan el Derecho Penal y Procesal Penal, dejando de lado la interrogante respecto del cómo se ejecutan dichas sanciones. Decidir en este sentido es la jerarquía del principal cuerpo normativo regulador de la ejecución de sentencias penales en Chile. Es un Decreto Supremo el que se encarga de establecer las reglas en virtud de las cuales se ha de desenvolver la ejecución de las penas privativas de libertad, pena por excelencia en el Chile actual.

El destacado jurista italiano Francesco Carnelutti, de manera muy elocuente, sostiene que el “creer que la condena agota el juicio penal es una de las peores supersticiones que han oscurecido nuestra ciencia².” Al parecer esta superstición ha ayudado a que la ejecución de las sentencias penales no haya recibido la misma atención que el resto de las fases del proceso penal por parte de los autores nacionales y que los Tribunales de Justicia hayan, en general, dejado la resolución de las cuestiones concerniente a esta al arbitrio de la Administración Penitenciaria.

Este equivocado entendimiento de la ejecución penal como un aspecto ajeno al control jurisdiccional, ha permitido que las personas condenadas a cumplir penas privativas de libertad se hayan transformado en un colectivo especialmente vulnerable en cuanto al resguardo de su dignidad y derechos, estando siempre expuestos a la vulneración de estos por parte del personal encargado de su custodia.

Los estudios que se han hecho respecto de la ejecución penal y de los derechos fundamentales de los reclusos, van encaminadas a buscar una pena

² CARNELUTTI, Francesco. “El problema de la pena” Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1956. Pág. 73

privativa de libertad más respetuosa de la dignidad humana y que sus efectos no trasciendan de la condena contenida en la sentencia.

Es así como este trabajo pretende aportar en el entendimiento de la pena privativa de libertad, analizando ciertos aspectos conflictivos que dice relación con el traslado de los condenados -tema escasamente tratado tanto a nivel nacional como internacional- con el objeto de que el traslado deje de considerarse como una decisión administrativa inocua y que se asuma por los actores sociales que participan en la ejecución penal, que para todo traslado, lo más importante es siempre la protección de los derechos de los condenados y sus familias.³

Sin perjuicio de lo anterior, para poder discutir respecto del cómo se ejecuta una pena privativa de libertad y la magnitud de sus consecuencias, es indispensable hacer una revisión, aunque sea somera, respecto de cuáles han sido las diversas propuestas sobre el sentido o fin que tendría la sanción penal dentro del Ordenamiento Jurídico. Para estos efectos, el segundo capítulo estará destinado a hacer una breve presentación de las diferentes teorías de la pena y cuál es la posición asumida en nuestro país.

De todas formas, debemos prevenir que el asumir una u otra posición al respecto no es trivial puesto que el fin de la pena nos servirá de parámetro para juzgar la oportunidad o inconveniencia de las medidas legislativas, judiciales o administrativas que se adopten y que incidan en la ejecución de una pena privativa de libertad, tal y como las que se refieren al traslado de los condenados.

³ De tal relevancia es el tema de los traslados para aquellas personas privadas de libertad que, enmarcada en el “Conflicto Estado chileno- Nación Mapuche”, la huelga de hambre protagonizada por los comuneros mapuche Leonardo Quijón, Luis Marileo, Cristian Levinao, Fernando Millacheo y Guido Bahamondes, en los meses de septiembre y octubre de 2012, tenía como objetivo el que se ordenase el traslado desde Temuco a la ciudad de Angol, de donde habían sido trasladados en primer lugar. Es así como la huelga se depuso el día 23 de octubre cuando, con la mediación de la directora del INDH, Gendarmería de Chile accedió al traslado. En un comunicado público hecho por los comuneros el día 28 de Septiembre, días antes de comenzar la huelga, señalan: “Exigimos el traslado inmediato al CCP de Angol, por ser el CCP más cercano a nuestras familias, quienes son las más afectadas con todas estas injusticias, considerando el gasto económico que significa trasladarse desde Ercilla hasta Temuko (sic). Siendo un problema mayor, pues éramos nosotros quienes hasta antes de nuestra detención llevábamos el sustento a nuestros hogares. También queremos recalcar el esfuerzo físico y psicológico que realizan nuestras abuelas, madres, esposas e hijos pequeños para viajar, soportando largas horas de viaje, para estar no más de dos horas con nosotros. Y sin dejar de mencionar los humillantes allanamientos a los que se deben someter, por parte de Gendarmería de Chile.” [En Línea] <<http://paismapuche.org/?p=5210>> [Consulta 24 Octubre 2012]

CAPITULO I. TRASLADOS

Dentro del estudio de la ejecución de las penas privativas de libertad, por lo general los autores, tanto nacionales como extranjeros, han puesto su mirada en temas que dicen relación preferentemente con la protección de la vida e integridad física de los condenados, la aplicación de torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes por parte de los funcionarios penitenciarios, las condiciones de hacinamiento e insalubridad dentro de las cárceles, la (in)existencia de programas de trabajo o resocialización, entre otros, sin existir una mayor preocupación respecto de las cuestiones que se suscitan en torno al traslado de los condenados de un Establecimiento Penitenciario a otro.

Con este trabajo intentaremos llenar un poco dicho vacío doctrinario, haciendo una revisión de los aspectos más conflictivos en torno al traslado de los condenados, de forma tal que podamos entender al traslado como uno de los aspectos a los cuales se les debe prestar especial atención en la ejecución de una pena privativa de libertad y que efectivamente no se trata de una decisión administrativa inocua, sino que, muy por el contrario, el traslado puede envolver en sí afectaciones de derechos de los propios internos o de sus familias y que, por lo mismo, son los Tribunales de Justicia los encargados de controlar a la Administración Penitenciaria en este sentido.

I.1. Concepto de Traslado. Delimitación objeto del estudio.

En primer lugar debemos delimitar claramente cuál es el objeto de este trabajo, para que no se preste a confusiones por cuestiones terminológicas.

El traslado lo podemos entender en un sentido amplio como el acto en virtud del cual una persona privada de libertad es llevada de un lugar a otro. Dentro de este concepto amplio entran, por ejemplo, aquellos casos en que una persona privada de libertad, condenado o imputado, ha de ser llevado ante la

presencia del Tribunal, cuando el condenado debe ser trasladado a un Hospital fuera del Establecimiento Penitenciario, cuando es cambiado de Establecimiento, cuando se llevan a cabo traslados internacionales entre distintos Estados en virtud de Tratados Internacionales, etc..

Sin embargo, para los efectos de este trabajo entenderemos al traslado en un sentido restringido pudiendo definirlo como aquella decisión, sea de la autoridad administrativa o del órgano jurisdiccional, en virtud de la cual una persona que está cumpliendo efectivamente una pena privativa de libertad, deja el Establecimiento Penitenciario en que estaba cumpliendo su condena para continuar con su cumplimiento en uno distinto. Esta decisión puede ser con o sin el consentimiento del propio condenado que es trasladado.

Establecido lo anterior, y como un concepto relacionado pero distinto encontramos lo que en Derecho Comparado se conoce como “Conducciones”. Si bien la conducción de un condenado se encuentra íntimamente ligada con el “Traslado”, se trata de cuestiones diversas: mientras el traslado se refiere a la decisión de llevar a un privado de libertad de un lugar a otro, la conducción se refiere al acto mismo de llevarlo, al hecho concreto de llevar a una persona privada de libertad de un lugar a otro, se refiere específicamente al cómo se realiza el traslado. Es así, como tanto la doctrina como la legislación internacional se han preocupado de establecer ciertos requisitos mínimos para la realización de las conducciones, como por ejemplo prohibiendo el transporte de los reclusos en malas condiciones de luz o ventilación⁴ o que se realicen en condiciones que les ocasione sufrimientos físicos o mentales, en forma humillante o que propicien la

⁴ Regla 45. 2) de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos. Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el consejo Económico y social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de Julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977

exhibición pública⁵, pero poco en verdad se ha dicho respecto de la decisión del traslado propiamente tal.⁶

Ahora bien, cuando hablamos de traslado nos estamos refiriendo exclusivamente respecto del traslado de personas condenadas a penas privativas de libertad por sentencia condenatoria firme y ejecutoriada y no respecto del traslado de imputados sometidos a la medida cautelar de prisión preventiva. Esta distinción se hace básicamente porque la idea matriz que subyace al momento de determinar dónde se ha de mantener la persona privada de libertad, es diversa en uno y otro caso.

Cuando se trata de imputados, lo que se busca es que este se encuentre en un lugar cercano o accesible tanto para el Tribunal que está conociendo actualmente de su causa, como del abogado que está a cargo de su defensa penal en el proceso, mientras que cuando se trata de personas condenadas lo que prima ante dichas consideraciones, es que el condenado pueda estar en un Establecimiento Penitenciario cercano al lugar donde residen sus familiares y cercanos con el objeto de que pueda recibir visitas periódicamente, en atención a que esto es un elemento fundamental para lograr la resocialización del condenado, o evitar al menos su desocialización.

A lo anterior se le suma que cuando se trata de la medida cautelar de prisión preventiva, es una condición necesaria para la consecución de los fines del proceso y la efectiva protección de las garantías del imputado durante el mismo, el que este se encuentre recluido en un Establecimiento Penal cercano al lugar donde se desarrolla el proceso penal en su contra, mientras que cuando el imputado es condenado, esta necesidad decae, aun cuando no desaparece.

⁵ Principio IX 4. de los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su 131º período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008, mediante la Resolución 1/80.

⁶ Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que “en la práctica, tanto el traslado mismo, como las condiciones en las que se realiza pueden llegar a tener un impacto importante e la situación del propio interno y en la de su familia.” COMISIÓN Interamericana de Derechos Humanos. “Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas” 2011. Pág. 185[En Línea] <<http://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/PPL2011esp.pdf>> [Consulta: 03 Octubre 2012]

Por otra parte, en este trabajo no se analizará las problemáticas referidas al traslado de adolescentes condenados a penas privativas de libertad, en atención a las especiales circunstancias que reviste la privación de libertad de menores de edad y la mayor necesidad de estos de mantener y fortalecer sus relaciones familiares y sociales con personas fuera del sistema penal, principios inspiradores del sistema de Responsabilidad Penal Adolescente de la Ley 20.084.

Por último, este trabajo tratará exclusivamente las problemáticas en torno al traslado de condenados varones y no respecto del traslado de mujeres condenadas a penas privativas de libertad. Lo anterior debido a que el tema de las mujeres privadas de libertad es mucho más amplio y excede del objeto de este trabajo, ameritando una mirada especializada y con enfoque de género, considerando especialmente la escasa cantidad de Establecimientos Penitenciarios destinados a mujeres y que casi la mitad de las mujeres privadas de libertad en Chile se encuentran recluidas en el Centro Penitenciario Femenino de Santiago⁷. Estas circunstancias dan a entender que la vulneración de derechos de las mujeres privadas de libertad, y por consiguiente de sus familias, se dan con mucha mayor intensidad que en el caso de los hombres, toda vez que estos, al menos en teoría, tienen más posibilidades de estar recluidos cerca de sus familias ya que a lo largo del país existe una gran cantidad de Establecimientos Penitenciarios destinados para hombres, lo que no ocurre en el caso de las mujeres.

⁷ Según los datos del Instituto Nacional de Derechos Humanos expuestos en su Informe Anual de 2011, en Chile en 2011 habían 4.696 mujeres privadas de libertad, de las cuales, 2128 se encontraban recluidas en el CPF de Santiago, o sea, el 45,3%. INSTITUTO Nacional de Derechos Humanos “Informe Anual 2011. Situación de los Derechos Humanos en Chile.” Santiago 2012. Págs. 29-30

Sin perjuicio de lo anterior, Gendarmería de Chile ha llevado adelante un plan de redistribución de la población penal femenina durante 2012, con el objeto de cumplir con los estándares establecidos en la normativa nacional e internacional que dice relación con la separación de personas condenadas e imputadas. Así, luego de la desocupación del CDP San Miguel de privados de libertad varones, se ha trasladado a gran parte de las imputadas desde el CPF a dicho Establecimiento. De todas formas, esto no cambia la afirmación hecha más arriba por cuanto ambos Penales se encuentran en la ciudad de Santiago.

I.2. Traslado Activo y Traslado Pasivo. Traslado Gravoso.

Dentro de la escasísima, por no decir inexistente, doctrina respecto de los traslados de condenados, el aporte sustancial más importante en Chile es el realizado por MARDONES y SALINERO quienes realizan la distinción entre Traslado Activo y Traslado Pasivo⁸ y que utilizaremos a lo largo de este trabajo.

Se puede definir el Traslado Activo como aquel que es llevado a cabo por la Administración Penitenciaria en atención a los fines de la misma institución, sin necesidad de consentimiento del condenado objeto del traslado, mientras que, por su parte, el Traslado Pasivo sería aquel en que el propio condenado es quien solicita ser trasladado de un Establecimiento Penitenciario a otro.

Sin perjuicio de que la decisión de trasladar a un condenado para que continúe cumpliendo su condena en un Establecimiento Penitenciario distinto de aquel en el que se encontraba recluido, no necesariamente va a traer consigo una vulneración de sus derechos, no es menos cierto también que tanto el Traslado Activo como el rechazo del Traslado Pasivo solicitado por el interno, puede eventualmente acarrear una vulneración de derechos para el condenado o su familia. Esto es una situación de hecho que deberá ser analizada en concreto, caso a caso, por el juez encargado de la ejecución de la pena privativa de libertad.

A aquel traslado, Pasivo o Activo, en que exista vulneración de derechos del interno o de su familia se le conoce por el nombre de Traslado Gravoso.

I.3. Causales de traslado y situación actual en Chile.

El traslado puede tener como causal circunstancias de muy diversa índole. Entre ellas podemos distinguir, por un lado, las que dicen relación con los fines propios de la Administración Penitenciaria y que son decididos en la mayor parte de los casos sin intervención del interno trasladado y que son, como dijimos, Traslados Activos.

⁸ MARDONES V., Felipe y SALINERO RATES, María Alicia. “Traslados” Unidad de Defensa Penitenciaria. Defensoría Penal Pública. Documento de trabajo N° 2/2012. Santiago P.3

Esta decisión de Traslado Activo por lo general se toma en respuesta a las necesidades de política penitenciaria que, por razones de clasificación y segmentación, decide ordenar y distribuir los internos en Establecimientos Penitenciarios diferentes o en Módulos o Colectivos separados dentro del mismo Penal. Es así como, por ejemplo, en el Centro de Detención Preventiva de Talagante el tipo de internos que ahí se encuentran reclusos son internos condenados a penas privativas de libertad de corta duración que por lo general no superan los 5 años y un día, que no han sido condenados por delitos muy graves y que guardan una buena conducta dentro del Establecimiento Penal.

Los criterios reconocidos por Gendarmería de Chile son⁹, por ejemplo, el grado de compromiso delictual¹⁰, la edad de los internos, el hecho de padecer de alguna enfermedad¹¹, el tipo de delito cometido¹², la orientación sexual¹³, entre otros.

Además de los criterios de clasificación y segmentación enunciados, la Administración Penitenciaria hace uso de sus facultades para determinar el traslado de un condenado en atención a otras circunstancias tales como pueden ser situaciones de hecho como el hacinamiento en el que se encuentra algún Establecimiento Penitenciario en particular, razones de seguridad interna cuando han existido fugas, políticas de redistribución de internos, etc.¹⁴

⁹ GENDARMERÍA DE CHILE., Subdirección Técnica, Departamento de Readaptación. “Documento Técnico de Clasificación y Segmentación Penitenciaria.” 2010 Pág. 13

¹⁰ Concepto más bien confuso y que se utiliza como justificación para tomar decisiones de muy diversa especie en la práctica penitenciaria. Entre los elementos que determinan el compromiso delictual de una persona encontramos, por ejemplo, el grado de manejo del Coa (jerga carcelaria), el tipo y número de “marcas delictuales” (tatuajes, cicatrices normales, cicatrices por arma cortopunzante, cicatrices por arma de fuego), si familia y/o amigos han pasado por sistema penal, consumo de drogas, entre otros.

¹¹ Vb.gr. En el CDP Santiago Sur, todos los internos que sufren de algún tipo de discapacidad mental, pero que no fueron declarados inimputables por enajenación mental, se encuentran reclusos en la Calle 15.

¹² Vb.gr El CDP Santiago Sur se divide en Calles, Galerías y Módulos, destinándose estos últimos a internos que tienen buena conducta algunos y a internos condenados por tráfico y por delitos sexuales, otros.

¹³ Vb.gr. En Santiago, todo interno perteneciente al colectivo de LGTB (Lesbianas, Gays, Transexuales y Bisexuales) era llevado al Centro de Detención Preventiva San Miguel. Este Establecimiento Penitenciario fue, de manera gradual, convertido en un Penal destinado a mujeres imputadas. Actualmente todo interno LGTB es llevado a la Calle 2 del Centro de Detención Preventiva Santiago Sur (Ex Penitenciaría).

¹⁴ A raíz del incendio ocurrido en el CDP San Miguel el 08 de Diciembre de 2010 en el que fallecieron 81 internos, se produjeron diversos traslados desde ese lugar a otros penales de Santiago con la intención de combatir su hacinamiento y como gesto político de que “algo” se estaba haciendo para atacar el problema. Es así como el índice de sobrepoblación de dicho penal bajó de un 197% en 2010 a un 61% en 2011, mientras que en el CDP de Puente Alto el cambio fue a la inversa, pasando de tener un 30% de sobrepoblación en 2010

Sin perjuicio de lo expuesto y de que por lo general los traslados dispuestos por la Administración Penitenciaria se justifiquen formalmente por las razones señaladas, no son pocos los casos en que los traslados de los condenados de un Establecimiento Penitenciario a otro obedecen en realidad a sanciones encubiertas impuestas por Gendarmería de Chile a internos que infringen el orden interno, trasladándolos de Penal y alejándolos así de su núcleo social y familiar. Este tema se tratará más adelante en un capítulo especial.

Ahora bien, revisados a grandes rasgos las causales que pueden determinar el Traslado Activo de un condenado, resta por analizar las circunstancias en virtud de las cuales un traslado es solicitado directamente por el propio interno.

Las solicitudes de Traslados Pasivos se refieren, por lo general, a tres aspectos. Por un lado, a la necesidad de cercanía entre el lugar de reclusión del condenado y la residencia de su núcleo social y familiar, por otro, la necesidad de salvaguardar la vida e integridad física del interno o su familia, cuando esta o aquél han recibido amenazas o agresiones por parte de otros internos o familiares de estos y, por último, las solicitudes de traslado hechas por los internos con la intención de estar reclusos en Establecimientos Penitenciarios con mejores condiciones, referidas a su habitabilidad, al hacinamiento, las opciones de trabajos, de estudios o de recreación, etc. A estos se les pueden agregar las solicitudes de traslados efectuadas por aquellos internos que han sido previamente objeto de un Traslado Activo por parte de Gendarmería, en que solicitan ser devueltos a la Unidad de origen o ser trasladados a Establecimientos más cercanos al lugar de residencia de su familia.

Actualmente en Chile el traslado de los condenados se considera como una decisión exclusivamente de tipo administrativo y de competencia exclusiva de Gendarmería de Chile, organismo que se encuentra a cargo de la custodia y cuidado de las personas privadas de libertad. Por esto es que en la mayor parte

a un 124% el año siguiente. (Datos: INDH “Informe Anual 2011. Situación de los Derechos Humanos en Chile.” Santiago 2012 Pág. 29)

de los casos los internos que son trasladados de Establecimiento Penitenciario no tienen muchas opciones de que la decisión que determinó su traslado sea revisada por un Tribunal que pueda ponderar las necesidades de la institución que exigen el traslado, por un lado, y los derechos del condenado y su familia afectados por dicha decisión, por el otro.

Es esta situación la que motiva la realización de este trabajo, con la intención de que los operadores que con su actuación inciden en la ejecución de una pena privativa de libertad, sean jueces, abogados, funcionarios de Gendarmería, u otros, dejen de considerar la decisión del traslado de un condenado como una facultad discrecional de la Administración Penitenciaria inocua en cuanto a sus efectos y ajena al control jurisdiccional.

CAPITULO II. FUNCIÓN DE LA PENA Y TRASLADOS

II.1. Teorías justificacionistas o legitimantes de la Pena.

Habiendo delimitado el ámbito de la ejecución penal a la que nos dedicaremos en este trabajo, conviene ahora realizar un ejercicio previo tendiente a establecer cuál ha de ser el parámetro en virtud del cual se han de juzgar las decisiones que se refieran al traslado de los internos. Este parámetro viene dado por el sentido o función que se le entregue a la pena y su imposición en un Estado Democrático de Derecho respetuoso de los derechos humanos de todos sus ciudadanos.

Para esto pasaremos revista a continuación de las diversas teorías que se han propuesto como justificación de la sanción penal, argumentando cuál es la que actualmente rige nuestro Ordenamiento Jurídico y cuáles son sus consecuencias en la ejecución de la pena privativa de libertad.

II.1.i. Teorías Absolutas o de Retribución.

La teoría de la Retribución no le asigna a la pena fines fuera de esta, agotándose la pena en sí misma, no encontrando el sentido de esta en la persecución de fin alguno socialmente útil. Se entiende que mediante la imposición de la pena se retribuye el mal causado por la comisión del delito, estando íntimamente ligada con la Ley del Talión. A esta teoría se le conoce como teoría “absoluta” (entendiendo “absoluta” derivado del latín *absolutus*: independiente) por cuanto para ella el fin de la pena es independiente, se encuentra completamente desvinculado de su efecto social¹⁵, agotándose la finalidad esencial de la pena en la imposición de la misma, en el castigo por el hecho ilícito.

¹⁵ ROXIN, Claus. “Derecho Penal. Parte General” Tomo I. Madrid, Editorial Civitas, 1997. Página 82

Si bien esta teoría tiene la cualidad de establecer límites al *ius puniendi* toda vez que la culpabilidad del condenado será el parámetro para establecer la magnitud del reproche social necesario para retribuir el mal causado, sólo nos entrega una respuesta respecto del por qué se castiga (porque se ha cometido un delito), pero no aclara el contenido de sus fines, puesto que para esta, la pena no persigue fin alguno además de la retribución, siendo esto su mayor falencia.

Como acertadamente expresa ROXIN “[...] si 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 prescinda de todos los fines sociales”. Siguiendo este razonamiento continúa el jurista expresando que “[...] el Estado, como institución humana, no es capaz de realizar la idea metafísica de Justicia ni está legitimado para ello. La voluntad de los ciudadanos le obliga a asegurar la convivencia del hombre en paz y libertad; está limitado a esta tarea de protección. La idea de que se puede compensar o suprimir un mal (el delito), causando otro mal adicional (el del sufrimiento de la pena) sólo es susceptible de una creencia o fe, a la que el Estado no puede obligar a nadie desde el momento en que ya no recibe su poder de Dios sino del pueblo”.¹⁶

En un Estado Democrático de Derecho como el nuestro, el Derecho sólo puede justificarse como medio de asegurar la convivencia de los hombres en paz y libertad, debiendo entenderse específicamente al Derecho Penal como un medio sujeto a fines ajenos al mal que la pena siempre comporta.

II.1.ii. Teorías Relativas o de Prevención.

En el caso de las teorías de prevención, al contrario de la teoría de la retribución o “absoluta”, se trata de teorías “relativas”, que se encuentran referidas a un fin externo a la pena misma, esto es: el evitar la comisión de nuevos delitos.¹⁷

¹⁶ ROXIN. Ob. Cit. Pág. 84

¹⁷ ROXIN entiende la diferencia terminológica entre teoría “absoluta” y teoría “relativa” en la etimología de ambos términos, derivados del latín. Absoluta: *Absolutus*: desligado de, desvinculado de, independiente de; Relativo: *Referre*: referido a, referente a.

Sostiene ROXIN que la formulación clásica de toda teoría de prevención se encuentra en los escritos de Séneca al exponer que “[...] como dice Platón: ningún hombre sensato castiga porque se ha pecado, sino para que no se peque [...]”.¹⁸

Ahora bien, las teorías relativas admiten ciertas clasificaciones atendiendo al sujeto al que van referidas y cuál es el medio por el cual se pretende evitar la comisión de nuevos delitos, a saber: teorías de prevención general y teorías de prevención especial, las cuales se dividen a su vez en teorías de prevención general/especial “positiva” y teorías de prevención general/especial “negativa”.

II.1.ii.a) Teoría de la Prevención General.

Esta teoría concibe la pena como dirigida a la sociedad, dirigida a los miembros de la comunidad jurídica en la que opera el Derecho Penal, buscando evitar la comisión de nuevos delitos por medio del envío de un “mensaje” a la sociedad en su conjunto.

Por un lado, la prevención general, en su vertiente “negativa”, lo que pretende es que no surjan nuevos delincuentes de la sociedad, logrando su objetivo por medio de la intimidación. Es Feuerbach el principal exponente de esta corriente con su tesis de la “coacción psicológica”, entendiendo la prevención general como la “intimidación que sobre la generalidad produce la amenaza abstracta en la ley de una pena”.¹⁹

Por su parte, la vertiente “positiva” de la teoría de prevención general apunta a la reafirmación de la vigencia del Derecho ante la sociedad, cuando este ha sido violentado por la comisión de un ilícito. O sea, con la imposición de la pena se busca reafirmar la confianza de la sociedad en las normas jurídicas y su

Por su parte, BERDUGO Y ZÚÑIGA entienden que la diferencia terminológica radica en que las teorías “absolutas” toman como punto de referencia a la Justicia que sería un concepto absoluto independiente del contexto que se trate, mientras que las teorías “relativas”, que pretenden evitar la comisión de nuevos delitos, se encuentran subordinadas a necesidades de prevención que son relativas y circunstanciales atendido en tiempo y espacio en que se desenvuelven. BERDUGO GOMEZ, Ignacio y ZÚÑIGA, Laura (Coord.) “Manual de Derecho Penitenciario” Editorial Colex. Universidad de Salamanca. 2001. Pág. 27

¹⁸ ROXIN. Ob. Cit. Pág. 85

¹⁹ BERDUGO y ZÚÑIGA (Coord.) Ob. Cit. Pág. 28

vigencia, sin que se pretenda directamente el intimidar a potenciales nuevos infractores de ley.

El mayor problema que se le reconoce a esta teoría es la imposibilidad de establecer parámetros o límites claros al *ius puniendi* estatal. Puesto que en la consecución de su tarea de reafirmación de la vigencia del Derecho vulnerado por el actuar del delincuente o de intimidación penal para prevenir nuevos delitos, se puede llegar al extremo de un Estado policial en el que rija el terror penal como método de combate de la delincuencia. Así las cosas, la prevención general necesitaría de otros fines ajenos a ella misma para limitarse, necesitaría en definitiva de criterios de prevención especial.²⁰

II.1.ii.b) Teoría de la Prevención Especial.

La prevención especial lo que busca es evitar que aquel que ha delinuido vuelva a hacerlo. Para lograr este objetivo la pena actuaría básicamente en dos sentidos, por un lado, intimidando al autor mediante la imposición de una pena para que no vuelva a cometer delito (prevención especial “negativa”) y, por otro lado, preservándole de la reincidencia mediante su corrección o resocialización (prevención especial “positiva”).²¹

De todas formas, cuando se trata de penas privativas de libertad, la prevención especial negativa opera, además de intimidando al sujeto, impidiendo que este cometa nuevos delitos mientras dure la ejecución de la pena, al encerrarlo en un establecimiento bajo custodia de la autoridad correspondiente, volviéndolo “socialmente inocuo”.

El problema fundamental de la prevención especial es la eventual indeterminación de la pena que podría acarrear, puesto que en ocasiones la pena se vería como innecesaria para delincuentes ocasionales que difícilmente volverán a delinquir (Vbrg.: crímenes pasionales) independiente de que el delito sea muy

²⁰ BERDUGO y ZÚÑIGA (Coord.) Ob. Cit. Pág. 29

²¹ ROXIN Ob. Cit. Pág. 86

grave, mientras que en otros casos, en que se trata de delitos de menor gravedad, pero que son cometidos por un “delincuente habitual” (piénsese en el hurto falta), la pena, atendida la prevención especial, debería ser alta, para lograr la resocialización efectiva del condenado por medio de la interiorización del respeto a la Ley.

II.1.iii. Teorías Unitarias o Mixtas.

No habiendo encontrado la dogmática jurídica una respuesta satisfactoria en las teorías señaladas precedentemente, han aparecido las llamadas Teorías Mixtas, Unificadoras o Unitarias.

Plantea ROXIN que el punto de partida de toda teoría hoy defendible debe basarse en el entendimiento de que el fin de la pena sólo puede ser de tipo preventivo ya que las normas penales sólo se justifican cuando tienden a la protección individual y a un orden social a cuyo servicio se encuentran destinadas.²²

Asentado lo anterior, el autor propone distinguir las distintas fases o momentos de la pena para definir luego los fines que esta persigue, sosteniendo que en cada una de estas fases la pena se inspira en fines diversos, o sea que el significado de la prevención general y especial se acentúa de forma diferenciada en el proceso de aplicación del Derecho Penal.²³

En primer lugar, se encuentra la fase conminativa o legislativa en la que se establece en la ley la pena en abstracto que corresponde como reproche penal por la comisión de un delito. Las orientaciones preventivo generales serían las finalidades prioritarias en esta fase, dirigiéndose la conminación penal a la sociedad en su conjunto y no a un sujeto en particular, sin perjuicio de tomarse en cuenta de todas formas ciertas consideraciones de carácter preventivo especial

²² ROXIN Ob. Cit. Pág. 95

²³ ROXIN Ob. Cit. Pág. 97. BERDUGO y ZÚÑIGA (Coord.) Ob. Cit. Pág. 32. GONZÁLEZ CANO, María Isabel. “La ejecución de la pena privativa de libertad” Valencia, 1994, Ed. Tirant Lo Blanch .Pp. 36-38

puesto que el legislador no puede prescindir de ponderar los eventuales efectos perniciosos que la pena tenga en la persona del condenado.²⁴

En seguida, en la fase judicial, aplicativa o de imposición de la pena, en que el Tribunal aplica la ley y define la pena que ha de cumplir el sujeto, se produce también un confluencia de fines preventivo generales y especiales. Es así ya que, por una parte, con la imposición de la condena se confirma la seriedad de la amenaza abstracta contenida en la ley, operando los fines preventivo generales, mientras que por otra, el Tribunal ha de aplicar la norma abstracta al caso en concreto, tomando en cuenta las circunstancias particulares del condenado y los efectos de la pena sobre su persona, sirviéndose de los fines preventivo especial.

Por último nos encontramos con la fase penitenciaria o de ejecución en la que se da cumplimiento efectivo a lo resuelto por el órgano jurisdiccional, siendo esta última fase la que nos importa para los fines de este trabajo.

Sostiene el jurista alemán que “en la ejecución de la pena pasa totalmente a primer plano la prevención especial”²⁵, siendo en esta fase el único fin que se ha de perseguir de forma deliberada la “resocialización” del reo con la intención de que no vuelva a cometer delito.²⁶

Sin perjuicio de entender que la pena sólo tiene un fin preventivo, un elemento esencial de la retribución es también comprendido en esta teoría unificadora de ROXIN, a saber, el principio de culpabilidad como límite al ius puniendi estatal. Así, la pena “no puede sobrepasar en su duración la medida de

²⁴ BERDUGO y ZÚÑIGA (Coord.) Ob. Cit. Pág. 32. Consideramos en este punto más acertado lo expuesto por los autores citados, que lo expuesto por ROXIN en su obra, ya que este sostiene que “el fin de la conminación penal es de pura prevención general”, desconociendo eventuales finalidades preventivo-especiales a la etapa de conminación. ROXIN Ob. Cit. Pág. 97

²⁵ ROXIN. Ídem.

²⁶ BERDUGO y ZÚÑIGA (Coord.) Ob. Cit. Pág. 33 y 34. Esto, sin perjuicio de que la ejecución de la pena pueda llevar envuelta también ciertas consideraciones de prevención general puesto que de no cumplirse sistemáticamente las sanciones impuestas por un Tribunal, traería como consecuencia una falta de confianza en el Derecho por parte de la sociedad.

culpabilidad aunque intereses de tratamiento, seguridad o intimidación revelen como deseable una detención más prolongada”.²⁷ De todas formas, si bien la pena no puede exceder del grado de culpabilidad, la pena sí puede quedar por debajo de esta medida en tanto lo hagan necesario exigencias preventivo especiales y a ello no se opongan las exigencias mínimas de la prevención general.²⁸

II.2. Fin de la pena en la etapa de ejecución penal.

Luego de esta breve revisión de las diversas teorías de la pena existentes, hemos llegado a la propuesta unificadora del jurista alemán Claus Roxin, quien, desechando los planteamientos meramente retribucionistas, propone distinguir las diversas etapas de aplicación del Derecho Penal para así diferenciar el cómo se articulan los fines preventivos de la pena en cada una de estas, afirmando que en la etapa de ejecución penal la pena adquiere un sentido pleno de prevención especial, dirigida a la persona concreta objeto del reproche penal.

Dijimos que las teorías preventivas, en general, lo que buscan es prevenir la comisión de nuevos delitos y que la prevención especial, en particular, opera sobre el individuo que ha cometido un ilícito, para que no vuelva a delinquir. Dijimos, así mismo que la prevención especial tiene dos vertientes, una que actúa en base a la intimidación (prevención especial negativa) y otra que apunta a la “resocialización” o “reinserción” de la persona (prevención especial positiva).

Es en este punto a partir del cual elaboraremos nuestro trabajo, en el entendido de que la pena privativa de libertad tiene como fin último, en su etapa de ejecución, una finalidad preventivo especial positiva, la que se encuentra expresamente reconocida normativamente²⁹ tanto a nivel nacional como

²⁷ ROXIN. Ob. Cit. Pág. 99

²⁸ ROXIN. Ob. Cit. Pág. 103

²⁹ El hecho de que en la práctica esta finalidad de prevención especial positiva no tenga un correlato cierto en la realidad carcelaria actual, no obsta a considerar este principio resocializador como un principio rector con el cual se deben juzgar las decisiones legislativas, judiciales o administrativas que tengan incidencia en la ejecución de una pena privativa de libertad.

internacional, por ejemplo en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Ley Orgánica Constitucional de Gendarmería de Chile, el Decreto Supremo N° 518 del Ministerio de Justicia que establece el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, entre otros cuerpos normativos.

El afirmar que el fin último de la ejecución de una pena privativa de libertad es la reinserción social de las personas condenadas no es cuestión baladí. Al afirmar esto se afirma a su vez que existe un deber por parte del Estado que tiene por objeto lograr la reinserción social de aquellas personas condenadas a penas privativas de libertad. En otras palabras, cuando el Estado, por medio de sus Tribunales condena a una persona a una pena de cárcel asume también en ese momento un deber para con dicho condenado.

Este deber estatal de reinserción social exige tanto acciones positivas como negativas, las cuales deben ser llevadas a cabo por las autoridades administrativas, garantizadas por las autoridades jurisdiccionales y propiciadas por la legislatura al establecer el marco normativo dentro del cual ejecuta la pena.

Son dos los principales modelos de resocialización, a saber, la resocialización para la moralidad y la resocialización para la legalidad.

El primero de estos se refiere a lo que se conoce como paradigmas de resocialización máximos y que apuntan a que el condenado, por medio de la imposición de la pena, haga suyos los valores predominantes de la sociedad y se conduzca como un buen ciudadano en el respeto de las normas jurídicas, ya que “la regeneración moral es la única vía de retorno a la sociedad sin riesgo de

De esta forma, si bien se puede disentir de la efectividad o incluso de la legitimidad de las funciones “re” de la pena (resocialización, reeducación, reinserción, etc.) no es menos cierto también que el principio de la resocialización es efectivamente un herramienta útil con la cual se puede contribuir a mejorar las condiciones en las que se encuentran las personas privadas de libertad, especialmente en el sentido de minimizar los efectos perniciosos de la prisión.

comisión de futuros delitos.”³⁰ Esta idea ha sido rechazada por cuanto en un Estado democrático y pluralista es inaceptable la imposición de creencias y valores de forma unilateral por parte del Estado, ya que sería contraria a la dignidad inherente a cada ser humano, de la cual no han sido despojadas las personas sometidas al cumplimiento de una pena privativa de libertad.

Entonces, la resocialización para la legalidad sería la única opción viable dentro de una sociedad democrática y plural que busca preservar la dignidad de todos sus integrantes. La resocialización para legalidad o paradigma resocializador mínimo entiende que la pena privativa de libertad en un Estado moderno sólo debe orientarse a lograr que el delincuente adecue su comportamiento externo al marco de la ley, o sea, que no cometa un nuevo delito, independiente de que comulgue o no con los valores sociales predominantes que determinaron que una conducta específica sea considerada como ilícita.

Respecto del cómo ha de operar la resocialización para la legalidad se sostiene que, por un lado, es necesaria la “reeducación” del interno, en el sentido de lograr una efectiva nivelación de las asimetrías sociales y déficit culturales de la vida en libertad que llevaron a la persona a delinquir y, por otro, una “reinserción” del condenado poniendo a su disposición los elementos tratamentales, jurídicos y de ayuda social necesarios para una vida digna en libertad³¹. O sea, por medio de la ejecución de la pena se busca crear condiciones favorables, por medio del trabajo de habilidades sociales, que le permitan al delincuente dirigir su vida de conformidad al Ordenamiento Jurídico.

Se afirma que el “tratamiento penitenciario” se ha de entender como “el conjunto de medidas y actividades que se realizan con la finalidad de preparar al condenado para el tiempo posterior a la excarcelación, fortaleciendo sus

³⁰ AROCENA, Gustavo Alberto. “La ejecución penitenciaria en el Ordenamiento Jurídico argentino. Principios Básicos.” En: CESANO, José Daniel y PICÓN, Fernando (Coord.) “Teoría y práctica de los derechos fundamentales en las prisiones” Buenos Aires, Argentina. Editorial B de F. 2010 Pág. 120

³¹ ZAPICO BARBEITO, Mónica. “¿Un Derecho Fundamental a la Reinserción Social? Reflexiones acerca del artículo 2.5 de la CE.” [en línea] <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/7505/1/AD_13_art_41.pdf> [Consulta: 25 Agosto 2012] Pág. 924

capacidades, aptitudes, y voluntad para llevar una vida sin delitos en responsabilidad social, contrarrestar los efectos dañosos de la privación de libertad y ayudarlo a reintegrarse a la vida en libertad”.³²

De todas formas, se sostiene que el elemento clave e indispensable para la resocialización es precisamente el evitar, en la medida de lo posible, el efecto desocializador que conlleva en sí misma la pena privativa de libertad, que es inherente a la vida en prisión. Se trataría en realidad, más que de “reinsertar”, de evitar la desocialización del condenado. En este punto juega un rol fundamental el contacto del interno con el mundo extra-muros, especialmente la relación que pueda mantener con su núcleo familiar y social.³³

Ahora bien, el afirmar que el fin de la ejecución de la pena es la resocialización del condenado no es, como dijimos más arriba, una cuestión baladí, puesto que, como señala una autora, “los fines de la pena en su etapa de ejecución constituyen la línea directriz que no solo determinará la organización y estructura del sistema de ejecución penal (elección y preparación del personal, instalaciones y estructura de los establecimientos penales) sino que fijarán los parámetros para el ejercicio del poder discrecional de la autoridad penitenciaria así como también para la interpretación de la normativa contenida en el reglamento y para el control judicial de las decisiones que se adopten durante la ejecución de la pena”.³⁴

Luego, toda interpretación de la normativa que regula la ejecución de las penas privativas de libertad ha de hacerse a través del prisma que establece este principio, debiendo siempre dirigirse a la resocialización del condenado. Junto con esto, la administración penitenciaria, en el ejercicio de las facultades que la ley le otorga en el contexto de la ejecución penal, ha de adecuar su cometido de forma tal de circunscribirlo dentro de los fines de la pena, o sea, toda decisión al

³² SALINERO RATES, María Alicia. “Los Permisos de Salida en la Legislación Chilena”. En: Centro de Documentación Defensoría Penal Pública. “Doctrina Procesal Penal 2007” Santiago, 2008. Pág. 48

³³ ZAPICO BARBEITO, Mónica. *Ibidem*.

³⁴ SALINERO RATES, María Alicia. *Ob. Cit.* Pág. 46

respecto ha de tender a la efectiva resocialización del sentenciado. Por último, los Tribunales de Justicia en virtud de sus facultades jurisdiccionales relacionadas con el control de la ejecución de sus sentencias y en ejercicio de sus facultades conservadores para la protección de los derechos de las personas privadas de libertad, han de resolver respecto de las cuestiones que se susciten en la ejecución de la pena considerando siempre el fin resocializador de esta última.

En concreto, las decisiones de Gendarmería respecto del traslado de los internos y las resoluciones de los Tribunales al conocer de reclamos y solicitudes al respecto, han de responder siempre al objetivo de resocialización del condenado, cediendo ante él otras consideraciones como pueden ser el “compromiso delictual” del interno, políticas de segmentación y distribución de reclusos o exigencias de “seguridad” del Establecimiento Penal.

CAPITULO III. MARCO NORMATIVO DEL TRASLADO DE CONDENADOS EN CHILE

Para continuar con el estudio del traslado de condenados en un Establecimiento Penitenciario a otro en la realidad carcelaria chilena, es necesario el revisar qué dice al respecto la normativa nacional e internacional.

En este sentido, el artículo 4 del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, Decreto Supremo N°518 del Ministerio de Justicia, señala que “la actividad penitenciaria se desarrollará con las garantías y dentro de los límites establecidos por la Constitución Política de la República, los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, las leyes y sus reglamentos y las sentencias judiciales”. Es este artículo del principal cuerpo normativo que rige la ejecución penal en nuestro país, el que define el bloque de legalidad al cual debe ajustarse la actividad penitenciaria en Chile y por consiguiente, toda decisión que tenga que ver con los traslados de condenados de un Establecimiento Penitenciario a otro.

Para en este capítulo analizar el marco normativo en el cual se desenvuelven los traslados de los condenados, nos referiremos tanto a aquellas disposiciones que se refieren explícitamente al traslado mismo o las condiciones en que este se debe llevar a cabo (conducciones), como a aquellas normas de carácter más general, que se refieren a los fines que debe perseguir la ejecución de la pena privativa de libertad, por cuanto, como se expuso más arriba, es a partir de estos fines declarados de la pena que debemos evaluar la oportunidad o conveniencia de las decisiones que puedan incidir en la ejecución de la misma.

Comenzaremos primero examinando la normativa nacional correspondiente, poniendo de relieve sus falencias, para luego dedicarnos a lo que se ha convenido en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos

ratificados por Chile y vigentes, así como a los Acuerdos y Resoluciones de Organismos Internacionales a los cuales Chile pertenece.

III.1. Normativa Nacional.

Actualmente en nuestro país no se da cumplimiento al principio de legalidad en la ejecución de la pena toda vez que no existe en Chile una Ley de Ejecución de Penas y las normas regulatorias de la misma se encuentran contenidas en una norma de carácter reglamentario emanada de un órgano administrativo y no en una ley propiamente tal. Este problema excede largamente del propósito de nuestro trabajo, por lo que no se ahondará en el mismo.

Ahora bien, para el análisis de la normativa nacional que incide en la ejecución de las penas privativas de libertad, iremos descendiendo jerárquicamente desde la Constitución Política de la República, las Leyes Orgánicas Constitucionales, las Leyes comunes, para llegar por último, al Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, que es donde encontramos las normas particulares más relevantes.

III.1.i. Constitución Política de la República.

A diferencia de lo que ocurre en otros países, nuestra Carta Magna en ningún momento se refiere específicamente a las penas privativas de libertad y sus fines, o a los derechos de los internos, como sí ocurre, por ejemplo, en España, Argentina o Ecuador³⁵. De todas formas, se entiende que todos los

³⁵ Artículo 18 parte final de la Constitución de la Nación Argentina: “Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice.”

Artículo 25.2 Constitución Española: “Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la Ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad.”

derechos y garantías que se consagran en esta son plenamente aplicables a aquellas personas sujetas a una pena de este tipo, especialmente las contenidas en el artículo 19 N° 1, 2, 3, 7, 9, 10 y 14, así como las acciones cautelares previstas en los artículos 20 y 21 de la Constitución Política.

Estos últimos dos artículos establecen la Acción Constitucional de Protección y la Acción Constitucional de Amparo, respectivamente, ambas de gran importancia en la protección de los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad y que resultan de gran ayuda para el control de actividad de la Administración Penitenciaria cuando esta afecta los derechos de los penados y sus familias.

Por otro lado, el artículo 5° inciso 2° de la Constitución Política de la República establece que “el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

Si bien la redacción de este artículo es un tanto ambigua y no se refiere específicamente a la jerarquía que tendría un Tratado Internacional de Derechos Humanos³⁶, la Doctrina y Jurisprudencia, han sostenido que los Derechos

Artículo 25 Constitución del Ecuador: Se reconoce a las personas privadas de la libertad los siguientes derechos:

1. No ser sometidas a aislamiento como sanción disciplinaria.
2. La comunicación y visita de sus familiares y profesionales del derecho.
3. Declarar ante una autoridad judicial sobre el trato que haya recibido durante la privación de la libertad.
4. Contar con los recursos humanos y materiales necesarios para garantizar su salud integral en los centros de privación de libertad.
5. La atención de sus necesidades educativas, laborales, productivas, culturales, alimenticias y recreativas.
6. Recibir un tratamiento preferente y especializado en el caso de las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia, adolescentes, y las personas adultas mayores, enfermas o con discapacidad.
7. Contar con medidas de protección para las niñas, niños, adolescentes, personas con discapacidad y personas adultas mayores que estén bajo su cuidado y dependencia.

³⁶ Cómo sí ocurre en otras legislaciones:

Artículo 11.3 Constitución del Ecuador: “Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.”;

Humanos contenidos en los diversos Tratados Internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes gozarían, a lo menos, de una jerarquía normativa supra-legal³⁷ -cuando no constitucional tal y como los enumerados en el Artículo 19 de la Carta Fundamental- siendo por lo tanto exigibles directamente ante las autoridades.³⁸

De esta forma, debemos entender integrados a nuestro Ordenamiento Jurídico las normas referidas a Derechos Humanos y, en particular, a los Derechos Fundamentales de las personas privadas de libertad, que se encuentran contenidas en Tratados Internacionales ratificados por Chile y vigentes, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura o la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Junto a estos instrumentos también debemos poner aquellos Acuerdos y Resoluciones de Organismos Internacionales a los cuales Chile pertenece, como las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, los Principios y Buenas Prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas, entre otros.

Artículo 31 constitución de la Nación Argentina: “Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales”;

Artículo 10.2 Constitución Española: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”

Artículo 25 Constitución Alemana: “Las normas generales del Derecho Internacional (Volkerrecht) constituyen parte integrante del derecho federal, tendrán primacía sobre las leyes y crearán derechos y deberes de modo inmediato para los habitantes del territorio federal.”

³⁷ HENRIQUEZ VIÑAS, Miriam Lorena, “Jerarquía de los Tratado de Derechos Humanos” [En línea] <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002008000100004&script=sci_arttext> [Consulta: 27 Septiembre 2012]; PFEFFER URQUIAGA, Emilio. “Los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos y su ubicación en el Orden Normativo interno”. [En Línea] <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122003000100021&script=sci_arttext> [Consulta: 14 Octubre 2012]; CUMPLIDO CERECEDA, Francisco. “La Reforma Constitucional de 1989 al inciso 2° del artículo 5° de la Constitución: sentido y alcance de la reforma. Doctrina y Jurisprudencia” [En Línea] <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122003000100018&script=sci_arttext> [Consulta 14 Octubre 2012]

³⁸ Esta situación, de que los Derechos contenidos en los Tratados Internacionales ratificados por Chile y vigentes, tengan una jerarquía a lo menos supra-legal, ayuda a “compensar” el hecho de que en Chile la regulación de la ejecución de las penas privativas de libertad esté entregada a un cuerpo normativo de jerarquía reglamentaria.

Por su parte, no debemos olvidar los Principios Básicos establecidos por el artículo 1° de nuestra Constitución, entre los que se reconoce la Funcionalidad del Estado respecto de la persona humana al reconocer que este está al servicio de aquella y que su finalidad es el promover el bien común.

El Constituyente además afirma en el mismo artículo que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad y que es su deber el propender a su fortalecimiento. Luego, en la actuación de los órganos del Estado se debe siempre dar protección a este “núcleo fundamental” evitando llevar a cabo acciones que atenten contra la unidad de esta, como es el determinar que una persona condenada a una pena privativa de libertad deba cumplirla en un lugar alejado de su familia.

Por otro lado, respecto de la competencia de los Tribunales para resolver sobre de las cuestiones que se susciten durante la ejecución de una pena privativa de libertad, el artículo 76 de nuestra Carta Fundamental establece constitucionalmente la función jurisdiccional de los Tribunales de Justicia al disponer que la “facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley.” Luego, aun cuando sea un órgano administrativo el que está a cargo de la custodia y reinserción de las personas condenadas, son los Tribunales de Justicia los encargados, en última instancia, de la ejecución de la pena privativa de libertad y no Gendarmería de Chile.

Además, este mismo artículo, en su inciso 2°, establece lo que se conoce como Principio de Inexcusabilidad al señalar que “reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aún por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometido a su decisión”.

Finalmente, los incisos tercero y cuarto de esta norma regulan el “Poder de Imperio” que tienen los Tribunales de Justicia para hacer ejecutar las resoluciones que dictan, señalándose que la “autoridad requerida deberá cumplir sin más

trámite el mandato judicial y no podrá calificar su fundamento u oportunidad, ni la justicia o legalidad de la resolución que se trata de ejecutar”.

Por último, de vital importancia son los artículos 6 y 7 de la Constitución ya que estos establecen lo que se conoce como “principio de legalidad o juridicidad constitucional” y sientan las bases para la actuación de los órganos del Estado, debiendo estos siempre conformarse a lo que dispone la Constitución y las normas dictadas conforme a ella, actuando válidamente sólo previa investidura regular, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley. Estos artículos son de importancia para el tema que nos atañe en este trabajo toda vez que el ente encargado de la atención, custodia y asistencia, así como de la reinserción de los condenados, es Gendarmería de Chile, un órgano integrante de la Administración del Estado que en su actuación se ha de ceñir estrictamente a este principio.

III.1.ii. Código Orgánico de Tribunales.

Lo dicho respecto del artículo 76 de la Constitución Política de la República es reafirmado ahora normativamente en los artículos 1, 10 y 11 del Código Orgánico de Tribunales al referirse estos a la función jurisdiccional como exclusiva de los Tribunales creados por Ley, el “Principio de Inexcusabilidad” y el “Poder de Imperio” de los Tribunales de Justicia.

Ahora bien, específicamente, en lo relativo a la competencia para conocer de las cuestiones que se promuevan durante la ejecución de una pena privativa de libertad, el Código Orgánico de Tribunales entrega esta función a los Juzgados de Garantía que hubieren intervenido en el proceso en que se dictó la condena respectiva, estatuyéndolos como verdaderos jueces de ejecución de penas, los cuales tienen competencia personal respecto del condenado y no territorial respecto de un Establecimiento Penal, como en otras jurisdicciones.

Así lo establece por un lado el artículo 14 de este cuerpo normativo cuando señala que corresponderá a los Jueces de Garantía, letra f): “hacer ejecutar las condenas criminales y las medidas de seguridad, y resolver las solicitudes y reclamos relativos a dicha ejecución, de conformidad a la ley procesal penal”.

Mientras que, por su parte, en la Reglas Generales de Competencia, el artículo 113 del Código Orgánico de Tribunales dispone en el inciso segundo que “la ejecución de las sentencias penales y de las medidas de seguridad previstas en la ley procesal penal, será de competencia del juzgado de garantía que hubiere intervenido en el respectivo procedimiento penal”.

III.1.iii. Ley Orgánica Constitucional del Ministerio de Justicia.

Establece el artículo 2° de esta Ley las funciones que le competen al Ministerio de Justicia, entre las que encontramos, letra c), el formular políticas, planes, y programas sectoriales, en especial, respecto del tratamiento penitenciario y la rehabilitación del reo, mientras que la letra i) señala que le corresponde también, el crear establecimientos penales y de tratamiento y rehabilitación penitenciarios.

III.1.iv. Ley Orgánica Constitucional de Gendarmería de Chile.

Por su parte, esta Ley Orgánica señala en su artículo 1° que “Gendarmería de Chile es un Servicio Público dependiente del Ministerio de Justicia”, quedando claro que se trata así de un Servicio Público que es parte de la Administración del Estado y que “tiene por finalidad atender, vigilar y contribuir a la reinserción social de las personas que por resolución de las autoridades competentes fueren detenidas o privadas de libertad”.

Entre las funciones que le corresponde a Gendarmería, el artículo 3 letra b) señala el “cumplir las resoluciones emanadas de autoridad competente, relativas al ingreso y a la libertad de las personas sometidas a su guarda, sin que le corresponda calificar el fundamento, justicia o legalidad de tales requerimientos”

dándole así forma normativa a la Facultad de Imperio de los Tribunales de Justicia, reconocida en el artículo 76 de nuestra Constitución y artículo 10 del Código Orgánico de Tribunales. Mientras que la letra f) establece que le corresponde también “contribuir a la reinserción social de las personas privadas de libertad”, señalando el artículo 8°, que la Subdirección Técnica será la encargada de desarrollar los programas y proyectos institucionales tendientes a la reinserción social de los penados.

Por su parte, el artículo 6° establece, entre las obligaciones y atribuciones del Director Nacional, numeral 12, el “determinar los establecimientos en que los condenados cumplirán sus penas y disponer los traslados de ellos de acuerdo con la reglamentación vigente”, mientras el numeral 18 reconoce la facultad de “delegar en los subdirectores, Jefes de Departamentos y Directores Regionales, las atribuciones que estime necesarias para el mejor funcionamiento del Servicio”. Demás está decir que, aun cuando el determinar el traslado de los internos se trate de una potestad discrecional entregada por ley a Gendarmería de Chile, esta no puede ser ejercida de forma arbitraria, ni tampoco se encuentra ajena al control jurisdiccional respectivo.³⁹

Por lo general, Gendarmería de Chile utiliza el artículo 6 N° 12 para justificar las decisiones respecto de los Traslados Activos que se llevan a cabo o para rechazar las solicitudes de Traslados Pasivos, cuando se reclama de estos ante los Tribunales de Justicia por existir vulneración de derechos para los internos o sus familias. Aquí lo importante es recalcar que no se establece una facultad discrecional que pueda ser utilizada de forma arbitraria por el Director Nacional o su delegado, sino que siempre ha de hacerse conforme a la reglamentación vigente y, como se ha dicho, no sólo en base al Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, si no también, conforme a lo que disponen la

³⁹ En España, al respecto se ha afirmado que “esta competencia no permite a la Administración actuar de modo arbitrario, [dado que] si el fin último es que el interno pueda recibir un tratamiento que le permita la reinserción social, [ha de escoger] el Establecimiento más idóneo para que el interno reciba el tratamiento individualizado” BERDUGO y ZÚÑIGA (Coord.) Ob. Cit. Pág. 223

Constitución, las Leyes y los Tratados Internacionales ratificados por Chile y vigentes.

Por último, el artículo 15 establece una regla general al disponer que “el personal de Gendarmería deberá otorgar a cada persona bajo su cuidado un trato digno propio de su condición humana” y que “cualquier trato vejatorio o abuso de autoridad será debidamente sancionado conforme a las leyes y reglamentos vigentes”.

III.1.v. Código Penal.

El Código sustantivo regulatorio en la materia le dedica a la ejecución de las penas que por él se impongan sólo un párrafo con apenas siete artículos, siendo los más relevantes el artículo 79 al establecer que “no se podrá ejecutar pena alguna sino en virtud de sentencia ejecutoriada” y el artículo 80 que dispone que dicha pena “no puede ser ejecutada en otra forma que la prescrita por la ley, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto”.

III.1.vi. Código Procesal Penal.

Por su parte, el Código Procesal Penal en el artículo 7° de su Título Primero, de “Principios Básicos”, dispone que “las facultades, derechos y garantías que la Constitución Política de la República, este Código y otras leyes reconocen al imputado, podrán hacerse valer por la persona a quien se atribuyere participación en un hecho punible desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra y hasta la completa ejecución de la sentencia”. Es así como el legislador ha reconocido expresamente la protección de los derechos y garantías del condenado hasta la completa ejecución de la sentencia como un Principio Básico del Proceso Penal, a la misma altura que otros principios como la Presunción de Inocencia, el Derecho a un Juicio Oral, el *Non bis in Idem*, entre otros.

Ahora bien, el Código dedica su Título final a regular específicamente lo relativo a la ejecución de las sentencias condenatorias y medidas de seguridad, señalando que “sólo podrán intervenir durante la ejecución de la pena ante el Juez de Garantía el Ministerio Público, el imputado y su defensor”⁴⁰, reafirmando además el Principio del artículo 7° en el inciso segundo del artículo 466, al señalar que el condenado podrá ejercer durante la ejecución de la pena “todos los derechos y facultades que la normativa penal y penitenciaria le otorgare”.

De esta forma al condenado a una pena privativa de libertad se le mantiene a salvaguarda de eventuales vulneraciones de derechos que puedan ocurrir durante la ejecución de su pena, reconociéndosele expresamente la titularidad de los mismos derechos que durante el transcurso del juicio. Lo que se pretende con esto es evitar, al menos normativamente, la situación problemática de que, analizadas las distintas fases del sistema penal, se verifica que “las garantías emanadas del Estado de Derecho no gravitan con la misma presión en cada una de sus fases, ya que la actividad policial y la actividad penitenciaria se desarrollan con mucha más liberalidad, arbitrariedad, discrecionalidad que la actividad propiamente judicial (...) es decir, la actividad policial y penitenciaria vendrían a coincidir con los momentos en donde menos garantías se establecen para el justiciable”.⁴¹

Como dijimos, el Código Procesal Penal en su artículo 7° reconoce diversos derechos y garantías para aquellas personas en contra de las cuales se dirige la Acción Penal, las que son complementadas con aquellas enumerados en los

⁴⁰ Esto no obsta a que, en la práctica, los Tribunales de Justicia admiten también la intervención de Gendarmería de Chile cuando se acciona en contra de la institución.

⁴¹ MAPELLI CAFFARENA, Borja. “Ejecución y Proceso Penal” Págs. 2 y 3 [En línea] <<http://new.pensamientopenal.com.ar/01052009/ejecucion01.pdf>> [Consulta: 25 Agosto 2012] el autor compara el proceso penal con una U, siendo un extremo el momento de la detención y el otro la ejecución de la condena. De esta forma ilustra que es en los extremos de la U cuando el imputado o condenado se encuentra más expuesto a la vulneración de sus derechos por las autoridades gubernamentales: al momento de su detención, en las comisarías y al momento de la ejecución, en la prisión.

artículos 93 y 94 del mismo Código. Con el objeto de hacer efectivos estos derechos y garantías y que no sean vulnerados por el actuar del Ministerio Público o Gendarmería de Chile, la Ley estableció ciertos mecanismos de protección para ante el Juez de Garantía, a saber, la Cautela de Garantías y el Amparo ante el Juez de Garantía.

La Cautela de Garantías se encuentra regulada en el artículo 10° del CPP, dentro de los “Principios Básicos” del mismo, y señala que cuando “el Juez de Garantía estimare que el imputado no está en condiciones de ejercer los derechos que le otorgan las garantías judiciales consagradas en la Constitución, en las leyes o en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, deberá adoptar, de oficio o a petición de parte, las medidas necesarias para permitir dicho ejercicio.” Relevante es notar la remisión directa hecha al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en consonancia con el artículo 5° inciso segundo de la Constitución.

Por su parte, el artículo 95 regula lo que se conoce como Amparo ante el Juez de Garantía, previendo que “toda persona privada de libertad tiene derecho a ser conducido sin demora ante un Juez de Garantía con el objeto de que examine la legalidad de su privación de libertad y, en todo caso, para que examine las condiciones en que se encontrare, constituyéndose, si fuere necesario, en el lugar en que ella estuviere”, estableciendo una Legitimidad Activa amplia, para el abogado del privado de libertad, sus parientes o cualquier otra persona en su nombre.

Este Amparo tiene un doble objetivo, por un lado que el Juez examine la legalidad de la privación de libertad y, por otro, que examine las condiciones en que se encuentra el mismo. El primero de estos objetivos sólo procede en aquellos casos que la privación de libertad no hubiere sido decretada por resolución judicial, ya que el inciso final contempla que en dichos casos su legalidad sólo podrá impugnarse por los medios procesales que correspondan; mientras que el segundo objetivo, examinar las condiciones de la privación de libertad, procede tanto si dicha privación es o no consecuencia de una resolución judicial, o sea,

cuando una persona se encuentra detenida por resolución judicial, bajo la medida cautelar de prisión preventiva o, lo que nos interesa, cumpliendo una pena privativa de libertad.

Todo lo anterior, claro está, es sin perjuicio de la eventual interposición de la Acción Constitucional de Amparo del artículo 21 de la Constitución Política.

Tanto la Cautela de Garantías como el Amparo ante el Juez de Garantía, son las principales vías jurisdiccionales que utilizan los condenados y sus abogados para reclamar ante los Tribunales de Justicia cuando se llevan a cabo Traslados Activos gravosos para el interno o para exigir un Traslado Pasivo cuando la Administración Penitenciaria lo ha negado.

III.1.vii. Decreto Supremo 518 del Ministerio de Justicia que establece el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios.

Para analizar de mejor forma la normativa contenida en el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios dividiremos esta sección en dos partes, la primera referida a normas generales y la segunda se dedicará al estudio de ciertos artículos que tienen relación directa con el traslado de condenados.

III.1.vii.a) Normas Generales.

El artículo primero del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios (REP) básicamente lo que hace es establecer los fines perseguidos por la pena privativa de libertad, al señalar que la actividad penitenciaria 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”.

La diferenciación que el texto hace, por un lado, de la atención, custodia y asistencia y, por otro, de la acción educativa necesaria para la reinserción social, se entiende puesto que los destinatarios de dichas acciones son diversos. Por un

lado, tanto los detenidos, como las personas sujetas a prisión preventiva y los condenados, son objeto de atención, custodia y asistencia por parte del personal penitenciario, mientras que, por otro lado, las acciones tendientes a la reinserción social sólo se entienden destinadas para aquellas personas que efectivamente han sido condenadas a una pena privativa de libertad y no para los detenidos o en prisión preventiva.

El Reglamento no establece diferencias jerárquicas entre los diversos fines señalados, luego, se entiende que confluyen en la pena privativa de libertad tanto fines preventivo especiales positivos (de reinserción), como fines preventivo especiales negativos (de custodia).

En seguida, el REP establece que la condición jurídica del condenado es idéntica a la de los ciudadanos libres (artículo 2), reforzando la idea de dignidad humana de toda persona y de que los derechos de los reclusos sólo se encuentran limitados en los términos de la sentencia condenatoria y no más allá.

Por su parte, el artículo 4 establece el bloque de legalidad, referido al comienzo de este capítulo, dentro del cual se ha de desenvolver la actividad penitenciaria, a saber, “la Constitución, los Tratados Internacionales, las Leyes y sus Reglamentos y las sentencias judiciales”. Aquí nuevamente encontramos una remisión directa a las normas de Derecho Internacional, tal y como ocurre en el Código Procesal Penal, en concordancia con el principio establecido en el artículo 5° inciso segundo de la Constitución.

Todavía en términos generales y refiriéndose aún al fin de reinserción social, el artículo décimo del Reglamento establece los principios de acuerdo a los cuales se han de organizar los Establecimientos Penitenciarios, asentando en su letra b) “el desarrollo de actividades y acciones tendientes a la reinserción social”.

En el mismo sentido el artículo 24 señala que el “régimen penitenciario es el conjunto de normas y medidas destinadas a (...) llevar a cabo las actividades y acciones para la reinserción social de los condenados.”

III.1.vii.b) Normas particulares sobre traslados.

Los artículos comentados dicen relación específicamente con lo expuesto en el capítulo segundo cuando tratamos los fines que persigue la ejecución de la pena privativa de libertad, en el que llegamos a la conclusión de que el objeto de esta es la reinserción social del condenado y que dicha finalidad es la que ha de guiar toda decisión que incida en la ejecución penal. Ahora revisaremos particularmente dos artículos del Reglamento que regulan aspectos de importancia respecto del Traslado mismo.

Por un lado, encontramos que el párrafo 6° del REP, dentro del Título tercero referido a los derechos y obligaciones de los internos, regula lo que se conoce como “régimen de visitas” clasificándolas en visitas ordinarias, extraordinarias y especiales.

Actualmente es indiscutible que las visitas constituyen un elemento fundamental para la reinserción del condenado, puesto que ayuda a mantener las relaciones con la sociedad extramuros por medio del contacto regular y directo con sus familiares y amigos, lo que ayuda a contrarrestar el efecto desocializador de la vida en prisión.⁴²

Dentro de este párrafo, en las “disposiciones comunes”, el inciso segundo del artículo 53 dispone que “en resguardo del derecho de visitas, los condenados deberán ser reclusos preferentemente cerca de su lugar habitual de residencia”.

Esta norma debe ser fundamental al momento de discutir y decidir el traslado de un condenado de un Establecimiento Penitenciario a otro, puesto que,

⁴² SALINERO RATES, María Alicia. Ob. Cit. Pág. 50; ZAPICO BARBEITO, Mónica. Ob. Cit. Pág. 924 y MARDONES V., Felipe y SALINERO RATES, María Alicia. Ob. Cit. Pág.10

si la ejecución de la pena tiene como fin último la reinserción del condenado, y para esta es esencial las visitas y el contacto con familiares y amigos fuera de prisión, se puede concluir que, por un lado, el Traslado Activo del condenado no debe ser hecho a un Establecimiento Penitenciario distante del lugar de residencia de su familia y, por otro, las solicitudes de Traslado Pasivo, sí han de ser acogidas cuando la fundamentación de la misma es permitir que el interno este cerca de su familia. Todo lo anterior se reafirma considerando que el REP reconoce expresamente un “derecho” de visitas y que en virtud de este “derecho” se ordena que el recluso deba estar en un Establecimiento Penal cercano a su lugar de residencia.

Lo expuesto no varía por el hecho de que el mismo artículo relativice el mandato dirigido a la autoridad penitenciaria utilizando la palabra “preferentemente”. Esto ya que sólo en casos calificados, en que el núcleo familiar viva en un lugar muy apartado sin un Establecimiento Penal cerca, el condenado se encontrará recluso lejos de su familia. Será sólo en casos calificados si atendemos al hecho de que en Chile existen más de 80 Establecimientos Penitenciarios de diverso tipo, repartidos en todas sus regiones.

Este artículo, si bien no se refiere específicamente al traslado, sí establece un principio rector para determinar en qué lugar han de cumplir sus condenas los reclusos.

Por otro lado tenemos la situación regulada en el artículo 28 del Reglamento, contenido dentro del Título segundo sobre Régimen Penitenciario, siendo este el único traslado reglado expresamente en la legislación chilena.

Esta disposición señala que es facultad del Director Nacional, delegable en el Director Regional respectivo, el disponer por resolución fundada el traslado de los condenados a “departamentos, módulos, pabellones o establecimientos especiales, cuando la situación del condenado haga necesaria la adopción de medidas dirigidas a garantizar la vida e integridad física o psíquica de las personas y el orden y seguridad del recinto”.

Ahora bien, sin perjuicio de que para este traslado se establecen diversos requisitos de procedencia y un procedimiento previo estricto⁴³, cuyo incumplimiento acarrea la nulidad del acto debiendo dejarse sin efecto el traslado⁴⁴, lo que importa aquí es el resultado que se busca: el trasladar a un interno a un departamento, módulo, pabellón o establecimiento “especial”.

Debemos entender que cuando la norma se refiere a un módulo o establecimiento “especial”, se está refiriendo a un lugar que reúne ciertas características específicas que lo diferencia de los módulos o establecimientos comunes, en el que los niveles de seguridad son mayores con el fin de “garantizar la vida, integridad física o psíquica de la persona y el orden y seguridad del recinto”.

En otras palabras, la facultad reconocida en el artículo 28 procede exclusivamente para el traslado de condenados a Establecimientos o Módulos “especiales” de los que se conocen comúnmente como de “Alta Seguridad”. Luego, si esta facultad se encuentra establecida para estos casos especiales, no podría ser utilizada para trasladar a un interno de un Establecimiento Penitenciario común a otro Establecimiento Penitenciario también de régimen común, por lo que de fundarse un traslado de este tipo en este artículo, dicho traslado sería ilegal y debiera ser dejado sin efecto, toda vez que existiría una desviación de poder al

⁴³ En primer lugar, el acto administrativo que dispone el traslado ha de ser dictado por la autoridad competente señalada en el REP. Además, podemos distinguir 2 tipos de requisitos copulativos de procedencia: de presupuesto y de consecuencia. Presupuestos: Reincidencia, tipo de delito, reiteradas infracciones al régimen disciplinario y requerimientos sanitarios. Consecuencias: peligrar la vida o integridad física o psíquica de las personas o peligrar el orden o seguridad del recinto. Aparte del cumplimiento de estos requisitos, se debe cumplir con el procedimiento establecido: debe existir un Informe Técnico previo que se haga cargo del cumplimiento de los requisitos señalados, recomendando el traslado; debe existir una resolución fundada (con motivos de hecho y Derecho) que ordene el traslado; la notificación al interno el mismo día de la dictación de la resolución o a más tardar al día siguiente, pudiendo exigir copia de la resolución; la revisión obligatoria de la medida pasados 60, 90 y 120 días y luego cada 6 meses. En: MARDONES V., Felipe y SALINERO RATES, María Alicia. Ob. Cit. Pp. 24-26

⁴⁴ V. gr. La Excelentísima Corte Suprema, en la causa Rol N° 3813-2010, dejó sin efecto la resolución emitida por Gendarmería de Chile que disponía el traslado de un interno desde el CP de los Andes a la Sección de Máxima Seguridad de la Unidad Especial de Alta Seguridad (UEAS) de Santiago puesto que carecía de los fundamentos que exige el artículo 28 del Reglamento, en particular, se había omitido el Informe Técnico previo.

ejercerse una potestad para satisfacer un interés público distinto del previsto por la norma.⁴⁵

Con todo, en el caso de que, cumpliéndose los requisitos de procedencia y el procedimiento reglado en el artículo 28, se resuelva el traslado de un condenado a un establecimiento especial, la elección de dicho establecimiento no puede ser en caso alguno arbitrario, sino que, muy por el contrario, se ha de escoger tomando en consideración el principio rector de la ejecución de la pena, cual es la resocialización del condenado y si, como dijimos antes, las visitas y el contacto con el mundo extramuros, es fundamental para lograr la resocialización (o evitar al menos la desocialización) este establecimiento especial ha de estar también cerca del lugar de residencia de la familia del interno.⁴⁶

Ahora bien, relacionado con el tema que se verá en un capítulo posterior -la utilización del traslado como sanción encubierta- el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios regula en su Título Cuarto el Régimen Disciplinario dentro de los penales, estableciendo faltas de diversa gravedad en los artículos 78, 79 y 80 y enumerando taxativamente sus correspondientes sanciones en el artículo 81.

Este artículo en ningún caso habilita a la Administración Penitenciaria para utilizar el traslado como sanción por faltas al régimen disciplinario. Es más, el artículo 90 establece una prohibición expresa al señalar que “bajo ninguna circunstancia podrán aplicarse castigos diversos a los señalados en el Reglamento”. Luego, todo traslado cuya motivación sea sancionar faltas cometidas por los internos sería lisa y llanamente ilegal.

⁴⁵ CORDERO Q. Eduardo. “El control jurisdiccional de la actividad de la administración penitenciaria” En: Centro de Documentación Defensoría Penal Pública. “Doctrina Procesal Penal 2009” Santiago, 2010. Pp. 91 y 96

⁴⁶ V. gr. Si se resuelve trasladar a un interno (cuya familia vive en Santiago) desde el Centro de Detención Preventiva de Puente Alto en virtud del artículo 28, este no debe ser trasladado al Centro de Cumplimiento Penitenciario de Alto Bonito en Puerto Montt –donde existe un Módulo de alta seguridad- sino que preferentemente ha de ser trasladado a un lugar cercano a su residencia, como puede ser, por ejemplo, la Unidad Especial de Alta Seguridad (UEAS) de Santiago.

III.2. Normativa Internacional.

Constatada la escasa preocupación de nuestro Ordenamiento Jurídico interno respecto de la situación de las personas privadas de libertad y el cómo la ejecución de la pena privativa de libertad se encuentra regulada básicamente en una norma de carácter reglamentario, corresponde ahora analizar qué es lo que dicen al respecto diversos instrumentos internacionales aplicables en nuestro país.

Es así como en la normativa internacional encontramos diversos Tratados y Resoluciones referidos a Derechos Humanos en general y también, en particular, a los Derechos Humanos de aquellas personas privadas de libertad, que pasaremos a revisar a continuación.

III.2.i. Declaración Universal de Derechos Humanos.

Adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A (iii) del 10 de diciembre de 1948.⁴⁷

El artículo 2 de esta Declaración establece que toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamadas en ella, “sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. O sea, todos los derechos contenidos en la Declaración han de ser respetados y garantizados para todas las personas, independiente de si estos han sido o no condenados a cumplir penas privativas de libertad.

En seguida, el artículo 5 ordena que “nadie será sometido a torturas ni penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”, quedando incluidos dentro de esta protección los condenados a penas privativas de libertad.

⁴⁷ Disponible en línea: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0013>

Por su parte, el artículo 16 señala que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”, encontrando aquí la idea básica que subyace a la declaración del artículo 1° de nuestra Carta Fundamental, referida en la sección anterior.

III.2.ii. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 2200 A (XXI) del 16 de diciembre de 1966.⁴⁸

El Pacto, en su artículo 2 vuelve a reafirmar la titularidad de los derechos y garantías contenidas él para todas las personas, estableciendo la obligación de los Estados Parte de respetar y garantizarlos para todos los individuos, sin distinción alguna, mientras que el artículo 7 se refiere también a la prohibición de someter a cualquier persona “a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”.

En particular, el artículo 10.1 señala que “toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”, mientras que el 10.3 dispone que “el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y readaptación social de los penados.” De esta forma se reafirma la dignidad de las personas privadas de libertad, inherente a todo ser humano y la finalidad preventivo especial positiva que han de perseguir las penas privativas de libertad, con el objeto de alcanzar la reinserción del condenado.

Por último, el artículo el artículo 23.1 señala nuevamente que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.

⁴⁸ Disponible en línea: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/ccpr.htm>

III.2.iii. Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos.⁴⁹

El artículo 1 de la Convención reafirma, al igual que los instrumentos internacionales anteriores, la obligación de los Estados de respetar y de garantizar el ejercicio de los derechos y libertades en ella reconocidas a todas las personas, sin distinción alguna.

El artículo 5 señala en su inciso 2 que “nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes” y que “toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”.

A su vez, el inciso 3 establece que “la pena no puede trascender de la persona del delincuente”, lo que ocurriría cuando los efectos perniciosos de esta afectaran también de forma negativa a su familia, que es lo que en la práctica ocurre cuando el condenado es trasladado a un lugar alejado de esta, imposibilitando la comunicación e interacción directa y regular entre ellos.

El inciso sexto de este artículo vuelve a reafirmar la finalidad preventivo especial positiva que han de perseguir las penas privativas de libertad al señalar que “las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”.

El artículo 8 de la Convención establece lo que se conoce como garantías judiciales, estableciendo, entre otros, el derecho a ser oído por un tribunal dentro de un plazo razonable, el principio de presunción de inocencia, el derecho a un intérprete, el derecho a la defensa, el derecho a recurrir en contra de la resolución final, etc. En el ámbito regional se considera que este artículo le da contenido al principio general del Debido Proceso y que no sólo se aplica en procedimientos judiciales propiamente tales, sino que a todo procedimiento sancionatorio por

⁴⁹ Disponible en línea: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/convencion.asp>

medio del cual se ejerza el *ius puniendi* estatal, como cuando la administración Penitenciaria impone una sanción a un interno.⁵⁰

Por su parte, el artículo 17.1 establece, al igual que los instrumentos internacionales referidos, que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”.

Por último, el artículo 25.1 señala que “toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”, como serían nuestras Acciones Constitucionales de Amparo y Protección y el Amparo ante el Juez de Garantía y la Cautela de Garantías reconocidas en el Código Procesal Penal.⁵¹

III.2.iv. Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984.⁵²

⁵⁰ CORTE Interamericana de Derechos Humanos. Caso Tribunal Constitucional Vs. Perú. Sentencia 31 enero 2001 Párrafo 69 [En Línea]

<http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_71_esp.pdf> [Consulta 20 Noviembre 2012]; CORTE Interamericana de Derechos Humanos. Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Sentencia 6 de Febrero 2001. Párrafo 104. [En Línea]

<http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_74_esp.pdf> [Consulta 20 Noviembre 2012]

⁵¹ De todas formas, se ha sostenido que el artículo 20 de nuestra Constitución Política sería violatorio de esta disposición al limitar la Acción de Protección a ciertos derechos señalados taxativamente y al no contemplarlo para todos los “derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, las leyes o la presente Convención”

⁵² Disponible en línea: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/cat.htm>

Su artículo primero señala que para “los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término "tortura" todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia”.

Por otro lado, el artículo 16: “Todo Estado Parte se comprometerá a prohibir en cualquier territorio bajo su jurisdicción otros actos que constituyan tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y que no lleguen a ser tortura tal como se define en el artículo 1, cuando esos actos sean cometidos por un funcionario público u otra persona que actúe en el ejercicio de funciones oficiales, o por instigación o con el consentimiento o la aquiescencia de tal funcionario o persona”.

En el entendido de que un traslado puede ser un acto lesivo de derechos tanto del propio condenado como se familia, podríamos considerar que el Traslado Gravoso de un condenado podría ser considerado como tortura o, a lo menos, constituir una especie de trato inhumano, cruel o degradante, especialmente en aquellos caso en que el condenado se ve sometido a reiterados Traslados Activos de forma constante.⁵³

III.2.v. Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura.

Adoptada por la Asamblea General en Cartagena de Indias, el 9 de diciembre de 1985.⁵⁴

⁵³ MESTRIN, María Fernanda. “Los Traslados como maltrato y los silencios como permiso” y MADINA, Marcelo. “Hacia un mayor activismo judicial” En: COMITÉ contra la Tortura “El sistema de la crueldad IV. Informe Anual 2007-2008 sobre violaciones a los derechos humanos en los lugares de detención de la Provincia de Buenos Aires” 2009. Pág. 148 y 153 La Plata, Argentina.

⁵⁴ Disponible en línea: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/tortura.asp>

En el ámbito regional americano también existe un instrumento internacional cuyo objetivo es el prevenir y sancionar la tortura y que contiene ciertas normas específicas respecto de las personas privadas de libertad.

Es así como el artículo 2 señala “se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica”.

Por su parte, el artículo 5 en su inciso segundo establece que “ni la peligrosidad del detenido o penado, ni la inseguridad del establecimiento carcelario o penitenciario pueden justificar la tortura”.

Finalmente, el artículo 7 dispone que “los Estados partes tomarán medidas para que, en el adiestramiento de agentes de la policía y de otros funcionarios públicos responsables de la custodia de las personas privadas de su libertad, provisional o definitivamente, en los interrogatorios, detenciones o arrestos, se ponga especial énfasis en la prohibición del empleo de la tortura”.

III.2.vi. Convención sobre los Derechos del niño.

Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989.⁵⁵

Toda vez que, como se expuso, con los Traslados no sólo se afectan los derechos del propio condenado, sino también los de su familia, debemos tener presentes aquellas normas internacionales que se refieren a la protección de los niños, que, por el hecho de estar su padre o madre privado de libertad, no han de ser privados del derecho a mantener una relación directa y regular con ellos.

⁵⁵ Disponible en línea: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0021>

Señala el artículo tercero que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. Este ha de ser un criterio fundamental al momento de resolverse sobre alguna cuestión que incida en la ejecución de la pena privativa de libertad, que pudiere afectar a los hijos o hijas del condenado.

Por su parte, el artículo 9.1 establece un principio general al señalar que “los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos (...)”.

Respecto del derecho a mantener una relación directa y regular, el inciso tercer de este artículo dispone que “los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.” Esta garantía perdería toda eficacia cuando el padre o madre que se encuentra privado de libertad es trasladado a un lugar alejado de la residencia del hijo o hija, haciendo excesivamente oneroso el traslado a visitarlo.

Ahora bien, referido específicamente a la información que se ha de proporcionar cuando el padre o madre es separado del niño por encontrarse privado de libertad, el artículo inciso cuarto señala que “cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento (...) el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño”.

III.2.vii. Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos.

Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977.⁵⁶

Estas Reglas Mínimas, en sus Principios Rectores señalan, artículo 57, que “la prisión y las demás medidas cuyo efecto es separar a un delincuente del mundo exterior son aflictivas por el hecho mismo de que despojan al individuo de su derecho a disponer de su persona al privarle de su libertad. Por lo tanto, a reserva de las medidas de separación justificadas o del mantenimiento de la disciplina, el sistema penitenciario no debe agravar los sufrimientos inherentes a tal situación.” Mientras que en el artículo 60 se establece que “el régimen del establecimiento debe tratar de reducir las diferencias que puedan existir entre la vida en prisión y la vida libre (...)”. En relación con la finalidad que han de perseguir las penas privativas de libertad, el artículo 65 ordena que “el tratamiento de los condenados a una pena o medida privativa de libertad debe tener por objeto, en tanto que la duración de la condena lo permita, inculcarles la voluntad de vivir conforme a la ley, mantenerse con el producto de su trabajo, y crear en ellos la aptitud para hacerlo”.

Con el objeto de minimizar las diferencias entre la vida en prisión y la vida libre y para evitar en la medida de lo posible el efecto desocializador de la prisión se señala en el artículo 37 que “los reclusos estarán autorizados para comunicarse periódicamente, bajo la debida vigilancia, con su familiar y con amigos de buena reputación, tanto por correspondencia como mediante visitas”, mientras que el artículo 79 establece que “se velará particularmente por el mantenimiento y el mejoramiento de las relaciones entre el recluso y su familia”.

⁵⁶ Disponible en línea: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/1903>

Si bien las “Reglas Mínimas” titulan un artículo específico como “Traslado de los reclusos”, este se refiere más bien, como expusimos en la primera parte de este trabajo, a la conducción del condenado y no al traslado propiamente tal. Así, dispone el artículo 45: “Traslado de reclusos: 1) Cuando los reclusos son conducidos a un establecimiento o trasladados a otro, se tratará de exponerlos al público lo menos posible y se tomarán disposiciones para protegerlos de los insultos, de la curiosidad del público y para impedir toda clase de publicidad. 2) Deberá prohibirse el transporte de los reclusos en malas condiciones de ventilación o de luz o por cualquier medio que les impongan un sufrimiento físico. 3) El traslado de los reclusos se hará a expensas de la administración y en condiciones de igualdad para todos.” Por su parte, el artículo 44.3 establece que “todo recluso tendrá derecho a comunicar inmediatamente a su familia su detención o su traslado a otro establecimiento”.

Por otra parte, las “Reglas Mínimas” también regulan lo referente con la disciplina interna de los Establecimientos Penitenciarios y la aplicación de sanciones. En lo que a este trabajo respecta, de importancia es lo dispuesto en el artículo 29: “La ley o el reglamento dictado por autoridad administrativa competente determinará en cada caso: a) La conducta que constituye una infracción disciplinaria; b) El carácter y la duración de las sanciones disciplinarias que se puedan aplicar; c) Cuál ha de ser la autoridad competente para pronunciar esas sanciones”, mientras que el artículo 30.1 establece que el “recluso sólo podrá ser sancionado conforme a las prescripciones de la ley o reglamento, sin que pueda serlo nunca dos veces por la misma infracción”. De esta forma se intenta dar forma concreta al principio de tipicidad, tanto de la conducta como de la sanción aplicable, las cuales han de estar previamente establecidas en la ley o reglamento. Es así que, de acuerdo a este instrumento internacional y a lo dispuesto expresamente por el REP, sería ilegal todo traslado dispuesto por Gendarmería de Chile cuando fuere motivado por una infracción del condenado al régimen disciplinario interno, toda vez que el traslado no se contempla expresamente como una sanción disciplinaria.

III.2.viii. Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión.

Adoptada por la Asamblea General en su Resolución 43/173 del 9 de diciembre de 1988.⁵⁷

Referido a la obligación de notificar a los familiares del condenado sobre su traslado de Establecimiento Penitenciario, el Principio 16 establece que “prontamente después de su arresto y después de cada traslado de un lugar de detención o prisión a otro, la persona detenida o presa tendrá derecho a notificar, o a pedir que la autoridad competente notifique, a su familia o a otras personas idóneas que él designe, su arresto, detención o prisión o su traslado y el lugar en que se encuentra bajo custodia”.

Por su parte, en relación con el “Derecho de Visitas”, el Principio 19 señala que “toda persona detenida o presa tendrá el derecho de ser visitada, en particular por sus familiares, y de tener correspondencia con ellos (...)”, mientras que el Principio 20, en resguardo de este Derecho, establece que si el detenido o preso lo solicita, deberá ser “mantenido en lo posible en un lugar de detención o prisión situado a una distancia razonable de su lugar de residencia habitual”.

III.2.ix. Principios y Buenas Prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas.

Documento aprobado por la Comisión por su Resolución 1/08 de marzo de 2008.⁵⁸

En el Preámbulo de este documento la Comisión viene a reafirmar las consideraciones contenidas en los artículos 5.6 del Pacto de San José y el 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, señalando que “las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma, la readaptación

⁵⁷ Disponible en línea: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/1901>

⁵⁸ Disponible en línea: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/PrincipiosPPL.asp>

social y la rehabilitación personal de los condenados; la resocialización y reintegración familiar; así como la protección de las víctimas y de la sociedad”.

El Principio IX, que en su punto 4 se refiere específicamente a los traslados, establece que “ los traslados de las personas privadas de libertad deberán ser autorizados y supervisados por autoridades competentes, quienes respetarán, en toda circunstancia, la dignidad y los derechos fundamentales, y tomarán en cuenta la necesidad de las personas de estar privadas de libertad en lugares próximos o cercanos a su familia, a su comunidad, al defensor o representante legal, y al tribunal de justicia u otro órgano del Estado que conozca su caso”, reconociendo de forma explícita la necesidad del condenado de estar cerca de su familia y el deber de la Administración de considerar esta variable al determinar el lugar donde una persona ha de cumplir su condena.

Por su parte, el inciso segundo de esta disposición establece, por un lado, que “los traslados no se deberán practicar con la intención de castigar, reprimir o discriminar a las personas privadas de libertad, a sus familiares o representantes” -prohibiéndole a la Administración Penitenciaria utilizar el traslado como forma de castigo o amedrentamiento de los condenados o sus familiares- y, por otro, que “no se podrán realizar en condiciones que les ocasionen sufrimientos físicos o mentales, en forma humillante o que propicien la exhibición pública”, previendo las condiciones básicas en las que se debe llevar a cabo la “conducción” del condenado.

Relacionado con lo anterior, el Principio XVIII, “Contacto con el mundo exterior”, señala que las personas privadas de libertad tendrán derecho a recibir y enviar correspondencia y “a mantener contacto personal y directo, mediante visitas periódicas, con sus familiares, representantes legales, y con otras personas, especialmente con sus padre, hijos e hijas, y con sus respectivas parejas.” De esta forma se busca minimizar los efectos perniciosos que genera la prisionización, por medio del mantenimiento y refuerzo de las relaciones con el mundo extramuros.

En el mismo sentido, el inciso segundo de este Principio establece el derecho de los internos de “estar informados respecto de los acontecimientos del mundo exterior por los medios de comunicación”.

En lo que respecta a las sanciones disciplinarias que se puedan imponer a los internos, el Principio XXII, referido al “Régimen Disciplinario”, señala que tanto las sanciones como el procedimiento disciplinario han de estar “sujetas al control judicial y previamente establecidas en las leyes”⁵⁹, debiendo ceñirse “a los principios del debido proceso legal, respetando los derechos humanos y las garantías básicas reconocidas por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”.

Por último, los “Principios y Buenas Prácticas”, establecen como un Principio General el control jurisdiccional de la ejecución de la pena, señalando que “el control de legalidad de los actos de la administración pública que afecten o pudieren afectar derechos, garantías o beneficios reconocidos a favor de las personas privadas de libertad (...) deberá ser periódico y estar a cargo de jueces y tribunales competentes, independientes e imparciales”.

III.3. Conclusiones.

Luego de revisar la normativa nacional e internacional que regula la pena privativa de libertad en general y los traslados de los condenados, en particular, podemos hacer ciertas afirmaciones.

En primer lugar, que es la normativa internacional la que se preocupa mayormente de resguardar los derechos de las personas privadas de libertad, a diferencia de lo que ocurre con el derecho interno chileno, en el que no existe

⁵⁹ El hecho de que en Chile no se respete el principio de legalidad en la ejecución de la pena y que las sanciones disciplinarias de que pueden ser objeto los privados de libertad, no se encuentren contenidas en una Ley sino simplemente en una norma reglamentaria es una realidad, lamentable por cierto, pero que no compete discutir en este trabajo.

mayor preocupación por este colectivo y en que el principal cuerpo normativo que regula la pena privativa de libertad esta entregada a una norma reglamentaria dictada por una autoridad administrativa.

En segundo lugar, si ya es escasa la normativa interna relacionada con la protección de los derechos fundamentales de los reclusos, lo son aún más aquellas normas que se refieran específicamente al traslado, encontrando en el Ordenamiento Jurídico chileno sólo un par de normas específicas, a saber: el artículo 6 numeral 12 de la Ley Orgánica Constitucional de Gendarmería de Chile y los artículos 28 y 53 del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios.

Por otro lado, la normativa referida específicamente al traslado de los internos establecen ciertos principios básicos, a saber, que el condenado debe estar recluso en un lugar cercano a su familia para el resguardo de su derecho a visitas, que los traslados no deben ser decididos de forma arbitraria o con la intención de castigar al condenado, que deben ser notificados inmediatamente a sus familiares y que la actuación de la Administración debe estar sujeta a control jurisdiccional.

Por último, tanto la normativa nacional e internacional reconocen a la familia como un elemento fundamental de la sociedad, estableciendo una obligación positiva para el estado tendiente a su protección y fortalecimiento.

A todo esto se le ha de agregar el principio básico, reconocido nacional e internacionalmente, de la resocialización del condenado como fin orientador de la ejecución de la pena privativa de libertad, por lo que toda decisión que incida en esta debe ser evaluada en cuanto a su oportunidad o conveniencia, de acuerdo a dicho estándar.

CAPITULO IV. TRASLADO COMO AFECTACIÓN DE DERECHOS

El objeto de este capítulo es evidenciar que en toda decisión respecto del traslado de un interno, tanto cuando se trata de un Traslado Activo ordenado por la Administración como cuando se desestima la solicitud del propio interno de ser trasladado, pueden eventualmente vulnerar derechos del condenado y su familia y que no se trata, por el contrario, de una decisión inocua en cuanto a sus efectos.

IV.1. Concepción tradicional del traslado como decisión inocua.

La etapa de la ejecución de la pena es el aspecto del Derecho Penal que ha sido más descuidado por parte de la ciencia jurídica y de los operadores de justicia. Esto se debe, en parte, al entendimiento que tienen los diversos actores del proceso penal de que, al finalizar el juicio con la ejecutoriedad de la sentencia definitiva, se les acaba su trabajo. El Ministerio Público cumplió su cometido, pues logró la condena, el Defensor hizo su trabajo y presentó la mejor defensa posible, aunque no haya logrado la absolución y el Tribunal, por último, ha cumplido la función que le otorga la Ley en el sentido de resolver los conflictos de relevancia jurídico-penal que se le presenten emitiendo un juicio por medio de la sentencia definitiva. Si bien la ejecución de la sentencia es una función entregada constitucionalmente a los Tribunales de Justicia creados por Ley, es un órgano administrativo el que se encarga en la práctica de llevar a cabo dicha ejecución y por esto pareciera ser que el ámbito de la prisión es un terreno en el cual Gendarmería de Chile puede actuar a placer.⁶⁰

Es a consecuencia de la concepción reseñada más arriba que los traslados de los condenados de un Establecimiento Penitenciario a otro se han considerado

⁶⁰ FOUCAULT, Michel. Ob. cit. Pág. 273: “(...) sobre todo, el aislamiento de los condenados garantiza que se pueda ejercer sobre ellos, con el máximo de intensidad, un poder que no será contrarrestado por ninguna otra influencia.”

tradicionalmente como una potestad discrecional de Gendarmería que sería ajena al control jurisdiccional por parte de los Tribunales de Justicia y que, dado que se da en un contexto de ejercicio de una potestad legal y, supuestamente, en el cumplimiento de las funciones que la Ley le otorga al órgano, se trataría también de una decisión inocua.

Esto último es fundamental, puesto que se considera que, en atención a que se está ejerciendo una potestad discrecional entregada por Ley a Gendarmería y que su ejercicio es “para el mejor funcionamiento del Servicio”, esta decisión no tendría efectos perniciosos para el condenado objeto del traslado o que, a lo menos, dichas “externalidades negativas” serían inherentes a su condición de privado de libertad.

IV.2. Traslado como afectación de Derechos

El razonamiento anterior es equivocado puesto que, como dijimos al comienzo de este trabajo, tanto los Traslados Activos, como las denegaciones de las solicitudes de Traslados Pasivos, pueden en la práctica traer como consecuencia la vulneración de Derechos tanto de las personas privadas de libertad, como de sus familiares.

Es así como un autor, previniendo respecto del peligro existente en el ejercicio de potestades discrecionales entregadas por Ley a Gendarmería, afirma que “la arbitrariedad justificada en el ejercicio de supuestas potestades discrecionales no es sino la justificación de lo antijurídico, pues todo lo arbitrario es ilegal y contrario a Derecho”.⁶¹

IV.2.i. Traslado Pasivo como medida de seguridad.

Respecto del Traslado Pasivo, nos referiremos a un caso típico en el que los penados solicitan a la Administración Penitenciaria, o directamente a

⁶¹ CORDERO Q. Eduardo. Ob. Cit. Pág. 91

Tribunales, ser trasladados de Establecimientos Penitenciarios, cuando su vida y/o integridad física se encuentran en peligro al haber sido objeto de amenazas o agresiones de otros internos. Esta situación es bastante recurrente en la realidad carcelaria chilena en que se viven situaciones de violencia continua por diversas razones, como puede ser, la existencia de rencillas entre los internos previas a su situación de privados de libertad, las acusaciones de ser “sapos” o “informantes” de Gendarmería, las disputas por el control de ciertos lugares preciados dentro del penal⁶², entre muchos otros, requiriéndose en estos casos la adopción de medidas de seguridad a favor de ciertos condenados, pudiendo concretarse por medio del traslado del condenado afectado a otro Establecimiento Penitenciario en que su vida no corra peligro.

La amenaza a la vida y/o integridad física no sólo se refiere a los condenados sino que, en ciertos casos, también alcanza a sus amigos y familiares que los van a visitar en el Penal, siendo estos agredidos por otros internos y sus familiares en la “sala” de visitas⁶³, lo que, a su vez, también justificaría la adopción de medidas de seguridad, como puede ser el traslado del condenado.

En casos como los descritos, y considerando que Gendarmería de Chile es el órgano encargado de velar por la vida e integridad de los internos⁶⁴, no debieran existir obstáculos para que, cuando el condenado solicita ser trasladado, esto se concrete con la mayor celeridad posible, con el objeto de salvaguardar su persona. En el caso de que la Administración Penitenciaria, ante una situación como esta, denegase el traslado, los Tribunales de Justicia, en su función de garantes de los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad y como contralor del actuar penitenciario, debería poner remedio a la situación, ordenando a

⁶² En el caso del incendio en la Cárcel de San Miguel, de acuerdo al relato de los internos sobrevivientes, la pelea que luego devino en incendio y tragedia, se habría ocasionado, en parte, por la intención de algunos internos de hacerse con el control de la “pieza chica” del ala sur del cuarto piso de la torre cinco.

⁶³ En la causa RUC N° 0600172623-2 el condenado había sido amenazado y agredido por otros internos por problemas que arrastrarían desde “la calle”. Por lo mismo su familia (esposa e hija) fue amenazada en la sala de visitas y luego agredida fuera del Penal, resultando muerta una hija menor de edad que había concurrido ese día a visitar a su padre.

⁶⁴ Artículo 6 inciso tercero REP: “La Administración Penitenciaria velará por la vida, integridad y salud de los internos (...)”

Gendarmería de Chile proceder al traslado del condenado en atención a las amenazas y/o agresiones sufridas.

IV.2.ii. Traslados y la importancia de las visitas familiares.

Por otro lado, respecto de los Traslados Activos, cuando el condenado es llevado a un Establecimiento Penitenciario alejado del lugar de residencia de su familia y amigos se dificulta el mantenimiento de los lazos afectivos de los condenados con las personas que se encuentran fuera de la prisión, toda vez que la relación directa y regular con estos por medio de las visitas se vuelve en ciertos casos extremadamente onerosa de soportar para la familia del condenado. Esto cobra aún mayor importancia si consideramos que, por lo general, el sistema penal opera preferentemente sobre personas en situación de vulnerabilidad social y económica.

Como dijimos anteriormente, el mantenimiento de estos lazos por medio de las visitas es vital para lograr el objetivo resocializador que la pena se impone, o al menos para evitar la desocialización consecuencia de los efectos perniciosos que la prisión tiene sobre la persona del condenado.

La importancia de las visitas dice relación, por un lado, con el suministro que los familiares y amigos hacen de los elementos básicos para vivir privado de libertad, como son vestimentas, útiles de aseo, ocio, alimentos, etc. y, por otro lado, a la importancia emocional que tiene para el condenado el contacto con personas que se encuentran en libertad, el que opera como sostén emocional del interno.

En este sentido, se afirma que las “visitas constituyen un puente hacia el exterior y cobran un valor social y afectivo sobredimensionado en el encierro (...) el preso recobra la identidad de marido, padre, amigo, hijo que le permite sostenerse como sujeto personalizado en vínculos que ha elegido y constituyen su historia personal (...) así el preso se convierte en un “otro” significativo para

quienes así lo reconocen”⁶⁵. “La sencillez aparente de poder escuchar un relato que no tenga que ver con la prisión, las ocurrencias de los niños, las tristezas de los adultos, los proyectos, las novedades, las transformaciones del mundo exterior que se pueden entrever gracias a las palabras de un “otro” externo, son negadas”⁶⁶ cuando el traslado implica la imposibilidad de que los familiares o amigos puedan visitar al detenido.

Las visitas y el contacto con el mundo extramuros son de tal relevancia que un estudio de la Organización Mundial de la Salud ha sostenido que uno de los factores que aumentan el riesgo de que los condenados recurran al suicidio es la ausencia de apoyo familiar y social.⁶⁷

Visto lo expuesto, queda claro que, atendida la tremenda importancia que para el privado de libertad reviste la posibilidad de mantener un contacto directo y regular con sus familiares y amigos por medio de las visitas -y considerando además que estas son fundamentales para la resocialización del penado- los traslados de los internos han de tender siempre al mantenimiento y fortalecimiento de dichas relaciones y no, por el contrario, al alejamiento del penado de su núcleo familiar y social con la consecuente disminución de visitas.

Esta última afirmación, de que las visitas disminuyen cuando el penado se encuentra recluido lejos de su familia, no ha sido documentada empíricamente en nuestra realidad carcelaria, sin embargo, existen estudios en otros países que nos presentan cifras bastante ilustrativas.

⁶⁵ DEFENSORÍA del Pueblo de la Provincia de Santa Fe. “Informe sobre la situación penitenciaria en Santa Fe”. Citado en EDWARDS, Carlos Enrique, “Régimen de ejecución de la pena privativa de la libertad” Editorial Astrea 1997, Buenos Aires. Pág. 181

⁶⁶ POLO RIVERA, Jesús David *Et al.* “Realidades disparatadas del sistema carcelario. Un análisis de los traslados en Colombia” Pág. 19 [En Línea]
<http://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/derypol/article/viewFile/11542/10616> [Consulta: 28 Agosto 2012]

⁶⁷ ORGANIZACIÓN Mundial de la Salud (OMS), “Prevención del suicidio en cárceles y prisiones” 2007 Pág. 12 y 16. [En línea]
<http://www.who.int/mental_health/prevention/suicide/resource_jails_prisons_update_spanish.pdf> [Consulta 7 Noviembre 2012]

En un estudio realizado en España se afirma que existe una relación lineal entre la distancia del domicilio familiar y el lugar de reclusión, por un lado, y las visitas recibidas por el condenado, por otro. En dicho trabajo se muestra como el porcentaje de reclusos que recibe visitas cuando la cárcel está ubicada en la misma ciudad en la que reside la familia es de un 89-90%, el cual cae drásticamente a un 53% cuando el condenado está en una cárcel fuera de la provincia de su domicilio⁶⁸. La situación anterior se agrava con el hecho de que en España un 83% de los internos en primer grado (régimen cerrado) se encuentra recluido en una provincia diversa de la de su domicilio⁶⁹. Lo mismo se ha advertido en otro trabajo realizado en el país hispano, referido específicamente a mujeres gitanas privadas de libertad, en el cual se afirma que el 60% de las mujeres recluidas en la misma ciudad de su domicilio reciben visitas semanalmente, mientras que cuando el domicilio es en otra Comunidad Autónoma, ese porcentaje disminuye radicalmente a sólo un 10% y que, en estos últimos casos, casi un 30% de las reclusas no reciben visitas, nunca.⁷⁰

Por otra parte, no está de más decir que la situación descrita, de agravamiento del desarraigo social del penado cuando se encuentra recluido lejos de su familia, se agudiza mucho más cuando se trata de familias que provienen de sectores vulnerables de la sociedad⁷¹ y que en atención a sus exiguos ingresos

⁶⁸ CABRERA CABRERA, Pedro y RIOS MARTIN, Julián. “Mil voces presas” Universidad Pontificia de Comillas, España. 1998. Pág.132 [En Línea] < www.psicosocial.net/es/centro-de-.../doc.../445-mil-voce-presas > [Consulta 20 Agosto 2012]

⁶⁹ CABRERA CABRERA, Pedro y RIOS MARTIN, Julián. Ob. Cit. Pág. 127

⁷⁰ HERNANDEZ, Graciela *Et al.* “Proyecto Barañí. Criminalización y reclusión de mujeres gitanas.” Cap. III. Madrid, 2000. [En Línea] <<http://web.jet.es/gea21/indice.htm>> [Consulta: 18 Octubre 2012]

⁷¹ No es una novedad el afirmar que el sistema penal opera de forma altamente selectiva sobre los sectores más vulnerables de la sociedad y que nuestro país no es una excepción, toda vez que las cárceles se llenan con gente pobre.

El reciente informe del centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, se refiere a este punto en los siguientes términos: “Si la utilización desmedida de la herramienta penal es en sí cuestionable, es peor cuando se hace de manera selectiva, criminalizando con más rigor a aquellos sectores de la población más desaventajados, a través, por ejemplo, de la desproporcionalidad de las penas contempladas para los delitos contra la propiedad. En países como el nuestro, por la gran dimensión que alcanza la pobreza y la marginalidad, la situación es especialmente problemática (...) no solamente se expone a los condenados a constantes vejámenes y privaciones por el solo hecho de cumplir una pena privativa de libertad, sino que el sistema de justicia criminal selecciona de manera desproporcionada a los sectores más desfavorecidos de la población. El sistema de justicia criminal opera, entonces, de manera discriminatoria.” CENTRO de Derechos

económicos –que muchas veces eran suministrados por el familiar que ahora está privado de libertad- se les torna especialmente dificultoso el trasladarse a visitar a su familiar preso, solventando costos de movilización, comida, alojamiento, etc.⁷² O sea, que "en esto, como en casi todo, los más pobre, sufren especialmente las consecuencias de la distancia".⁷³

Con lo expuesto se intenta ilustrar la tremenda importancia que revisten las visitas para las personas privadas de libertad, razón por la cual, tanto a nivel nacional como internacional, se garantiza expresamente un "derecho a la visita" de los internos, estableciéndose la obligación estatal de proteger ese derecho disponiendo que el condenado este recluido en un lugar cercano al de residencia de su familia. En efecto, en Chile el artículo 53 del REP, en su inciso segundo, establece que "en resguardo del derecho de visitas, los condenados deberán ser recluidos preferentemente cerca de su lugar habitual de residencia".⁷⁴

IV.2.iii. Trabajo, Educación y Traslados.

Otra "externalidad negativa" que en ciertos casos acarrea la disposición de un Traslado Activo, o cuando estos se producen de forma constante, es la interrupción de los procesos de reinserción en marcha, por ejemplo cuando el condenado estaba asistiendo a clases dentro del Penal o estaba participando en algún tipo de taller laboral. De esta forma se vulneran los derechos contenidos en los artículos 59 y siguientes del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios

Humanos. Universidad Diego Portales. "Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile" 2012. Pág. 204[En Línea] <<http://www.derechoshumanos.udp.cl/wp-content/uploads/2012/11/7-politica-criminal-y-derechos-humanos.pdf>> [Consulta: 10 Noviembre 2012]

⁷² La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que "esta práctica afecta de manera particular a aquellas familias con escasos recursos económicos, para quienes el desplazamiento a lugares distantes resulta excesivamente oneroso". COMISIÓN Interamericana de Derechos Humanos. Ob. Cit. 2011. Pág. 226

⁷³ CABRERA CABRERA, Pedro y RIOS MARTIN, Julián. Ob. Cit. Pág. 132

⁷⁴ En el mismo sentido: Principios 19 y 20 del Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión y el Principio XVIII de los Principios y Buenas Prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas.

que regula lo referente al “derecho a la educación de los internos” y la “capacitación y trabajo penitenciario”.

IV.2.iv. Conducta, Beneficios y Traslados.

Por otra parte, para poder acceder los internos a los diversos beneficios intrapenitenciarios, como los permisos de salida⁷⁵, se establece, entre otros requisitos, que estos hayan observado una conducta calificada como “Buena” o “Muy Buena” por una cierta cantidad de meses. Esta calificación se realiza por el Consejo Técnico del Penal correspondiente y es bimestral. El problema, es que cuando los internos son trasladados de Cárcel, por lo general ingresan al nuevo Establecimiento con una conducta calificada como “Pésima”, por lo que deben comenzar nuevamente el camino de “hacer conducta” para subirla a “Mala”, después a “Regular” para así llegar, después de varios meses, a tener nuevamente la calificación de “Buena” o “Muy Buena”. Incluso en aquellos casos en que la conducta del interno no es calificada como “Pésima” al ingresar al nuevo Establecimiento Penal, siempre va a tener que esperar a una nueva evaluación por parte del Consejo Técnico de dicho Establecimiento. De esta forma, los internos que estaban “haciendo conducta” ven truncada la posibilidad de postular a los permisos de salida, los cuales son parte del sistema progresivo de la pena y que tienen por objeto la resocialización del condenado, “preparándolo” para la vida en libertad⁷⁶.

La situación descrita ha sido observada por el Comité contra la Tortura de la Provincia de Buenos Aires, señalando que “los traslados constantes imposibilitan que los detenidos tengan conducta, ya que para ser evaluados por el personal del S.P.B. (Servicio Penitenciario Bonaerense) deben permanecer por lo menos tres

⁷⁵ Para un trabajo especializado sobre los permisos de salida: SALINERO RATES, María Alicia. “Los Permisos de Salida en la Legislación Chilena”. En: Centro de Documentación Defensoría Penal Pública. “Doctrina Procesal Penal 2007” Santiago, 2008

⁷⁶ El artículo 96 del REP señala que los permisos de salida “son beneficios que forman parte de las actividades de reinserción social”.

meses en la misma unidad, (y esto) es de suma importancia, porque permite obtener beneficios/derechos”⁷⁷ como, por ejemplo, los permisos de salida.

IV.2.v. Acceso a la Justicia.

Otro problema referido a los traslados, dice relación con el acceso a la Justicia de los condenados, puesto que, por lo general, las personas privadas de libertad se encuentran reclusas en Establecimientos Penales cercanos al lugar de asiento del Juzgado de Garantía que intervino en el procedimiento –y que en Chile oficia como Juez de Ejecución- y donde se encuentra también el abogado que se encargó de su defensa en juicio. Así, cuando se llevan a efecto Traslados Activos a lugares alejados, además de afectar la integridad familiar, se amenaza por otro lado, la posibilidad efectiva de ejercer el derecho fundamental de acceso a la justicia que tiene toda persona, en virtud del artículo 19 número 3 de la Constitución Política y contenido específicamente respecto de las personas objeto de la Acción Penal, en los artículos 7, 93, 94 y 466 del Código Procesal Penal.⁷⁸

IV.2.vi. Principio de intrascendencia de la pena.

Por último, como hemos afirmado más de una vez, tanto los Traslados Activos como la denegación de las solicitudes de Traslados Pasivos pueden ser gravosos, no sólo para la persona del condenado, sino también para su familia. O sea, en virtud de decisiones administrativas que inciden en la ejecución de la pena, se afecta negativamente a personas a quienes no debiese afectar.

⁷⁷ COMITÉ contra la Tortura. Comisión Provincial por la Memoria. “El sistema de la crueldad III. Informe sobre violaciones a los Derechos Humanos en lugares de detención de la Provincia de Buenos Aires. 2006-2007” Pág. 77. [En Línea] <http://www.comisionporlamemoria.org/comite/informes/anales/informe_2007.pdf> [Consulta: 29 Septiembre 2012]

⁷⁸ Respecto del Derecho a la Defensa, consultar: NASH ROJAS, Claudio. “El Derecho a la Defensa ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: La figura del Defensor Interamericano y su implementación en Chile”. Defensoría Penal Pública. Departamento de Estudios. Informe en Derecho 01/2012. [En Línea] <http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataBank/6218-2.pdf> [Consulta: 05 Noviembre 2012]

Si bien es inherente a la pena privativa de libertad ciertos efectos negativos para el núcleo social y familiar del condenado⁷⁹, estos se agravan de forma innecesaria cuando el penado se encuentra recluido en un lugar alejado de su familia, en términos tales que la relación por medio de las visitas se torna extremadamente dificultosa.

En relación con esto encontramos lo que en doctrina se conoce como “principio de intrascendencia de la pena” o de “trascendencia mínima”. Esto es que, la pena impuesta por la sentencia condenatoria, no debe extender sus efectos perniciosos más allá del sujeto al que es impuesto, no pudiendo afectar negativamente a otras personas como su núcleo familiar, afirmándose que la pena debe ser personal y no trascender la persona del delincuente.⁸⁰

El principio de intrascendencia de la pena se encuentra reconocido normativamente a nivel internacional en la Convención Americana sobre Derechos Humanos que en su artículo 5.3 establece que la pena no puede trascender de la persona del delincuente, disposición que se encuentra integrada al Ordenamiento Jurídico chileno mediante el artículo 5° inciso segundo de la Constitución Política.

Entonces, atendido el hecho de que por encontrarse una persona recluida en un Penal alejado del lugar de residencia de su núcleo familiar y social se generan efectos adversos a personas distintas del delincuente –y que no son inherentes a la pena de prisión- cada vez que se ordena el Traslado Activo de un

⁷⁹ SEGOVIA BERNABÉ, José Luis. “Consecuencias de la Prisionización” [En Línea] <http://www.juntadeandalucia.es/averroes/iesalfonso_romero_barcojo/actividades_tic/trabajos_profesorado/unidades_didacticas/religion/carcel/fichero-00.pdf> [Consulta: 25 Agosto 2012] Página 15: “No se pueden minimizar las consecuencias del encarcelamiento para la familia en libertad. Además de verse privados de un ser querido y una fuente de ingresos, han tenido que soportar la vejación de la policía en su casa, del vecindario que se entera, de un secreto vergonzante que se va sabiendo en el barrio o en el pueblo. Ahora tendrán que desembolsar una cantidad para “asistir” al hijo o al esposo preso, para irle a ver cuando los ahorros lo permitan – a veces es forzoso utilizar un taxi de largo recorrido, por las horas en que se han concedido las comunicaciones íntimas-. La inseguridad vital y extremada precariedad en que se desarrolla la vida del recluido se contagian a su familia que queda tan necesitada de ayuda como el preso mismo.”

⁸⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “Derecho Penal. Parte General”. Segunda Edición. Editorial Ediar. Buenos Aires. Pág. 173. De todas formas, el autor sostiene que la pena no es completamente intrascendente, por lo que no habla simplemente de un principio de “intrascendencia” de la pena, sino que se refiere a una “trascendencia mínima”, puesto que “esa trascendencia del poder punitivo a terceros es inevitable, pues la comunicación, el conocimiento, , el efecto estigmatizante, la pérdida de nivel de ingresos, etc., son todos efectos que trascienden a la familia y a otras personas cercanas o dependientes, no ya del condenado, sino incluso del mero imputado”

condenado a un lugar alejado o se deniega una solicitud de Traslado Pasivo presentada por el interno para estar cerca de su familia, se estaría vulnerando el mandato contenido en el artículo 5.3 de la Convención Americana.

IV.2.vii. Integridad familiar, instrumentalidad del Estado y Traslados.

Por otra parte, tanto la Constitución Política de la República, como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos contienen normas en las que se reconoce la importancia de la familia como “núcleo fundamental” de la sociedad y se establece como obligación del Estado el propender a su protección y fortalecimiento.⁸¹ En razón de estas disposiciones es posible afirmar que existe un genuino derecho a la protección de la familia y que este derecho se ve vulnerado cuando una persona privada de libertad es apartada arbitrariamente de su familia al ser trasladado a un Establecimiento Penitenciario alejado de su lugar de residencia. Así a lo menos lo ha entendido la Comisión Interamericana de Derecho Humanos, por ejemplo en el caso Oscar Elías Biscet y otros, en que concluyó que el “traslado deliberado de presos políticos a establecimientos penitenciarios localizados a distancias extremas de sus familias (...) eran violatorias del derecho a la constitución y protección de la familia”.⁸²

El derecho a la unidad familiar y la protección de la familia se ve reforzada por la concepción instrumental del Estado respecto de la persona humana⁸³, reconocida en el artículo primero de nuestra Carta Magna al establecer que “el

⁸¹ Artículo 1 inciso segundo Constitución Política de la República: “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad.”

Artículo 1 inciso quinto CPR: “Es deber del Estado (...) dar protección a la población y a la familia, (y) propender al fortalecimiento de esta”

Artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”

Artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.”

Artículo 17 Convención Americana sobre Derechos Humanos: “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.”

⁸² COMISIÓN Interamericana de Derechos Humanos. 2011 Ob. Cit. Pág. 225

⁸³ MARDONES V., Felipe y SALINERO RATES, María Alicia. Ob. Cit. Pág. 15.

Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es el promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”.

Entonces, atendido el derecho a la unidad familiar, la obligación del Estado de proteger la familia y la concepción instrumental de este respecto de la persona humana, Gendarmería de Chile, como Servicio Público, ha de adecuar su proceder, en el cumplimiento de sus funciones atribuidas por Ley, a estos tres principios reconocidos constitucionalmente.

Por otra parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado, en lo que interesa a este punto, que “el Estado, como garante de los derechos de las personas sometidas a su custodia, tiene la obligación positiva de crear las condiciones necesarias para hacer efectivo el contacto de las personas privadas de libertad con sus familias”, afirmando que las “visitas familiares de los reclusos son un elemento fundamental del derecho a la protección de la familia de todas las partes afectadas en esta relación”.⁸⁴

IV.2.viii. Derechos del niño y traslados de su padre o madre privada de libertad.

Una situación particular y que merece una mención especial, se produce cuando el condenado tiene hijos o hijas menores de edad, puesto que, a las consideraciones generales ya expuestas, se han de añadir las particulares referidas a la situación de vulnerabilidad en que se encuentran aquellos menores de edad cuyo padre y/o madre se encuentran privados de libertad.

Digamos por un lado, que tanto en la normativa nacional como internacional existen normas que tienen por objeto otorgar la mayor protección posible a los

⁸⁴COMISIÓN Interamericana de Derechos Humanos. 2011 Ob. Cit. Pág. 219

menores de edad, siendo un concepto fundamental el del “interés superior del niño”, el cual ha de guiar toda decisión de autoridad que pueda tener efectos en la vida del menor. Es así como el artículo 3° de la Convención sobre los Derechos de niño establece la obligación de que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Luego, un elemento adicional a considerar cuando se decide respecto del traslado de un condenado, es el hecho de si este tiene o no hijos menores de edad, puesto que, de ser así, la decisión que se adopte siempre ha de considerar cómo se puede proteger de mejor forma el “interés superior del niño”.

Además, esta misma Convención, integrada al Ordenamiento Jurídico chileno en virtud del artículo 5° inciso segundo de la Constitución, reconoce expresamente en su artículo 9.3 el derecho del niño de mantener una relación directa y regular con ambos padres en aquellos casos en que el niño este separado de uno o de los dos padres, como cuando alguno de estos se encuentra privado de libertad.

Claramente, si el padre o madre privado de libertad se encuentra recluido en un Penal alejado del lugar de residencia del hijo o hija menor de edad, el ejercicio efectivo de este derecho reconocido en la Convención se torna ilusorio o, al menos, extremadamente dificultoso, desobedeciéndose así también el mandato a la protección del interés superior del niño.

CAPITULO V. TRASLADO COMO SANCIÓN ENCUBIERTA Y MECANISMO DE CONTROL

Uno de los problemas más complejos en la actualidad penitenciaria es el referido a la utilización del traslado como una sanción encubierta por parte de Gendarmería de Chile, en respuesta a actos de indisciplina de los internos o como reacción ante acciones reivindicativas de los mismos.

De esta forma la Administración Penitenciaria sorteando los obstáculos impuestos por los requisitos legales para la imposición formal de las sanciones contempladas en el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios e impone de manera informal y solapada una sanción no prevista por la normativa nacional y que puede tener efectos perniciosos mucho más sensibles y prolongados en el tiempo, que incluso las más severas contempladas en el artículo 81 del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios.

V.1. El traslado como medida disciplinaria y de control.

En este sentido se puede afirmar que el ejercicio de la facultad de Gendarmería de decidir el traslado de los presos es una forma de mantener la disciplina dentro de los establecimientos, como parte de la institución totalizadora que es la prisión.⁸⁵

⁸⁵ FOUCAULT, Michel. Ob. cit. Pág. 271: “La prisión debe ser un aparato disciplinario exhaustivo. En varios sentidos: debe ocuparse de todos los aspectos del individuo (...) es omni disciplinaria. Además, la prisión no tiene exterior ni vacío; no se interrumpe (...) su acción sobre el individuo debe ser ininterrumpida: disciplina incesante. En fin, otorga un poder casi total sobre los detenidos; tiene mecanismos de represión y de castigo: disciplina despótica.”

En el mismo sentido: COMITÉ contra la Tortura. Comisión Provincial por la Memoria. “El sistema de la crueldad V. Informe Anual 2010 sobre violaciones a los Derechos Humanos en lugares de detención de la Provincia de Buenos Aires.” 2010 [En Línea] <http://www.comisionporlamemoria.org/comite/informes/anuales/informe_2010.pdf> [Consulta: 03 Noviembre 2012] Pág. 132: “Los traslados de personas detenidas son una práctica penitenciaria que se inscribe en una tecnología de gobierno de la población carcelaria en un doble aspecto: regulación, control y distribución e impacto en la subjetividad de las personas en cuanto a su efecto neutralizante (...).”

También: SEGOVIA BERNABÉ, José Luis. Ob. Cit. Pág. 7

En efecto, se señala que “los traslados son una forma de castigo que permite exceder a aquello que normativamente se permite en un Estado social de derecho. Y es que resulta inevitable que en un régimen disciplinario estricto, los traslados operen como una forma de controlar los comportamientos de los presos, repartiendo premios y correctivos, que al fin y al cabo redundan en una vida más dramática de los detenidos; la prisión (y en particular el traslado) es precisamente la dosificación del castigo mismo, que actualmente está en cabeza de una autoridad administrativa”.⁸⁶

Reforzando lo anterior, se afirma que “los traslados injustificados de detenidos son una herramienta de control (y que) en la mayoría de los casos no responden a sanciones disciplinarias legalmente impuestas sino a castigos informales para quienes no aceptan, toleran o acatan las reglas propias impuestas desde las distintas jerarquías de la unidad o, en el peor de los casos, se animan a denunciarlas”.⁸⁷

De tal relevancia es la utilización del traslado como medio de control y castigo de los internos que en Argentina esta práctica se identifica lisa y llanamente como una tortura. En efecto, se afirma que “esto [los traslados constantes] constituye una forma de tortura psicológica y priva al detenido de su derecho a la educación, al trabajo, a la salud, y el derecho fundamental y vital que es el contacto con sus familiares. Además, atenta contra el principio de progresividad de la pena y contra la adecuada reinserción social”.⁸⁸

Esta realidad, de la utilización del traslado como sanción encubierta por parte de las autoridades penitenciarias, ha sido también observada por diversos Organismos Internacionales. En efecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su reciente informe sobre la situación de los Derechos Humanos de

⁸⁶ POLO RIVERA, Jesús David *Et al.* Ob. Cit. Pág. 18

⁸⁷ MADINA, Marcelo. “Hacia un mayor activismo judicial” En: COMITÉ contra la Tortura. Ob. Cit. 2009 Pág. 153

⁸⁸ COMITÉ contra la Tortura. Ob. Cit. 2007. Pág. 73

las personas privadas de libertad en las Américas, se refiere explícitamente a este problema al reconocer que existe una “práctica de realizar traslados sucesivos e indiscriminados de reclusos como forma de control interno de los penales y como medidas disciplinarias” y que el traslado de personas como castigo no solo implica su destino a un establecimiento distante, “sino que muchas veces el castigo consiste precisamente en trasladar intencionalmente a la persona a una cárcel cuyas condiciones son mucho peores”.⁸⁹

Por su parte, el Relator Especial de Naciones Unidas sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, en el Informe de la visita hecha a las prisiones de Paraguay, también destaca la existencia de esta nociva práctica por parte de la administración penitenciaria y señala además que “es especialmente inquietante que la transferencia de detenidos se combine con frecuencia con su inmediato confinamiento en las celdas de aislamiento al llegar a una cárcel nueva. Como "bienvenida", los detenidos son encerrados con llave en celdas de castigo durante un período prolongado aun cuando en realidad no hayan cometido ningún delito en esa cárcel”.⁹⁰

V.2. Ejemplos concretos en Chile.

Chile no es la excepción en nuestra región puesto que existen casos en que claramente la facultad de Gendarmería es utilizada con la intención de castigar a los internos por faltas cometidas dentro de los penales. Revisaremos a continuación un par de ejemplos ocurridos recientemente.

José Osvaldo Pichún Contreras se encontraba cumpliendo condena por el delito de robo con intimidación en el Centro de Cumplimiento Penitenciario Colina II el año 2011. En horas de la noche del día 19 de Octubre Pichún se despertó por el ruido de un riña en el colectivo en el cual se encontraba recluso, produciéndose

⁸⁹ COMISIÓN Interamericana de Derechos Humanos. 2011 Ob. Cit. Pág. 186 y 187

⁹⁰ ONU. Relator Especial de Naciones Unidas sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Informe de la Misión a Paraguay. A/HRC/7/3/Add.3 1º de octubre de 2007. Párrafo 74. [En Línea] <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G07/147/14/PDF/G0714714.pdf?OpenElement>> [Consulta: 02 Noviembre 2012]

luego un amago de incendio. En la madrugada del día siguiente, el señor Pichún, junto a otros internos de ese colectivo y de otros, fue sacado del Establecimiento Penal por parte de Gendarmería y subido a un furgón institucional con rumbo al sur. Luego de varias horas de viaje y de reiteradas preguntas del interno, los gendarmes a cargo del traslado le comunicaron que había sido trasladado a causa de la riña e incendio del día anterior y que se encontraban ahora en Valdivia, camino al Centro de Cumplimiento Penitenciario de Alto Bonito, en la ciudad de Puerto Montt, a 1.025 kilómetros de Santiago.

Pichún ingresó al nuevo Penal con conducta calificada como pésima, en circunstancias que en todo el tiempo que estuvo en el Centro de Cumplimiento Penitenciario Colina II nunca fue sancionado por ninguna falta. Luego de pasar una semana incomunicado sin poder dar aviso a su familia respecto del traslado, de hacer una breve huelga de hambre y numerosas presentaciones a Tribunales, la Jueza del 14° Juzgado de Garantía de Santiago resolvió, 7 meses después del traslado y habiendo estado en el Centro de Detención Preventiva Santiago Sur 1 mes “en tránsito” para asistir a una audiencia, que el señor Pichún no debía ser trasladado de vuelta a Santiago porque tenía mala conducta y el traslado a la capital era un “beneficio”. A Octubre de 2012 Pichún continuaba recluido en Puerto Montt.⁹¹

En este caso se utilizó de manera explícita el traslado como una sanción por la comisión de una falta disciplinaria, sin que mediare en caso alguno un proceso sancionatorio formal en el cual se respetaran los derechos del condenado.

Ronald Taún Bravo condenado por el delito de robo con intimidación se encontraba recluido en el Centro de Detención Preventiva Santiago Sur, cumpliendo una pena de veinte años. Taún solicitó a Gendarmería ser trasladado a Linares puesto que había sido objeto de amenazas y agresiones por parte de otros internos y para poder estar cerca de su familia, con residencia en dicha

⁹¹ Causa R.U.C. N°: 0900322968-5 del 14 Juzgado de Garantía de Santiago.

ciudad. Presentada una cautela de garantía el 24 de mayo ante el 12° Juzgado de Garantía de Santiago, este fijó una nueva audiencia en la que Gendarmería debía informar respecto de la factibilidad de traslado a la VII región. En dicha audiencia el condenado no fue puesto a disposición del Tribunal por Gendarmería, señalando que el interno había sido trasladado a Puerto Montt, en virtud del artículo 28 del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, por haber participado en un intento de fuga desde la Galería 9 del Centro de Detención Preventiva Santiago Sur (Ex Penitenciaría), afirmando además que el propio interno era quien había solicitado su traslado al sur. Frente a esto, el Juez declaró la ilegalidad del traslado por no cumplirse con los requisitos dispuestos en el Reglamento y ordenó que el interno fuera traído de vuelta a Santiago. Ya una vez en la capital se vuelve a solicitar el traslado del condenado a la VII región, ordenándolo así el Juez de Garantía, pero Gendarmería decide esta vez trasladarlo al Centro de Cumplimiento Penitenciario de Rancagua. Finalmente, el 15 de noviembre el Juez de Garantía ordena de forma perentoria a Gendarmería de Chile que el interno sea trasladado en el plazo de 3 días al Centro de Cumplimiento Penitenciario de Cauquenes, a 100 kilómetros de Linares y su familia.⁹²

El día 22 de septiembre de 2012, en el Centro de Cumplimiento Penitenciario de Coyhaique, se produjo un incidente cuando desde el exterior del recinto penal fue lanzado al patio un envoltorio extraño que fue recogido por un interno quien, al ser requerido por un gendarme, se lo lanzó a otro recluso, ingresándolo este último a una “carreta” instalada en el patio. Los internos de la carreta se resistieron a entregar el envoltorio, amenazando al gendarme y produciéndose luego un enfrentamiento en que los reclusos fueron golpeados por varios funcionarios.

En el informe confeccionado por el Jefe de Régimen Interno informando al Alcaide del recinto este señala que “[la amenaza] se debiera considerar como una

⁹² Causa R.U.C. N°: 0900754816-5 del 12 Juzgado de Garantía de Santiago

falta gravísima, por lo que sacarlo de la región al citado recluso, sería una buena medida de ejemplo para el resto de la población penal”. Queda en evidencia así el cómo Gendarmería de Chile entiende su facultad para determinar el traslado de los internos como una herramienta más de control de la población penal, con el objeto de mantener la disciplina de los internos por medio de la imposición de sanciones informales de forma ejemplificadora, excediendo los límites de sus facultades legales.⁹³

Resultó finalmente que el envoltorio contenía tres teléfonos celulares y los internos involucrados en el incidente fueron sancionados por la comisión de la falta grave de desobediencia activa de las órdenes de Gendarmería con la internación en celda solitaria por 8 y 10 días, siendo además todos trasladados al Centro de Cumplimiento Penitenciario de Puerto Aysén. De esta forma, los internos fueron doblemente sancionados: con celda solitaria y con el traslado a otro Establecimiento Penal.

La Defensoría Penal Pública interpuso Acción Constitucional de Amparo a favor de los 4 reclusos sancionados y trasladados, siendo esta acogida por la Corte de Apelaciones de Coyhaique el día 29 de Septiembre, afirmando que la imposición de las sanciones referidas y el traslado de Establecimiento Penitenciario constituyen decisiones arbitrarias e ilegales puesto que no se habían respetado las garantías del debido proceso para la imposición de la sanción disciplinaria ni se habían cumplido los requisitos del artículo 28 del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios. Esta decisión fue refrendada por la Corte Suprema el 11 de octubre de 2012, debiendo dejarse sin efecto la sanción y ser devueltos al Centro de Cumplimiento Penitenciario de Coyhaique.⁹⁴

⁹³ Se afirma que “los traslados son parte de una redefinición estratégica de la forma como se ejerce el poder en las cárceles, al punto que permiten imponer, meticulosamente, una serie de reglas internas que constituyen todo un poder normalizador en constante interacción con la creación de nuevas normas”. POLO RIVERA, Jesús David *Et al.* Ob. Cit. Pág. 12

⁹⁴ Sentencia Rol N° 61-2012 de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Coyhaique y Sentencia Rol N° 7583-2012 de la Excelentísima Corte Suprema.

V.3. Inconstitucionalidad de esta práctica.

Como se dijo más arriba, la práctica penitenciaria de llevar a cabo traslados con la intención de castigar o amedrentar a los condenados destinándolos a Establecimientos Penales alejados de su domicilio o que estén en peores condiciones, debe ser considerada como tortura o, a lo menos, como una especie de trato o pena cruel, inhumana o degradante⁹⁵, constituyéndose así el traslado “en un tormento que persigue la mortificación del detenido, más allá de la pena impuesta”⁹⁶ Lo anterior ya que tanto en el sistema internacional de protección de los Derechos Humanos, como en el regional americano, se ha definido la tortura y los tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes de forma amplia, con el objeto de prevenir este proceder por parte de los agentes gubernamentales. De más está decir que esta normativa internacional se encuentra incorporada al Ordenamiento Jurídico chileno en virtud del artículo 5 inciso segundo de la Constitución Política.

Cuando se utiliza el traslado como sanción lo que se hace es causar un sufrimiento innecesario al privado de libertad con la intención de castigarlo y/o intimidarlo, así como, claro está, con el objeto también de anular la personalidad del condenado, trasladándolo a un lugar alejado de su familia, acentuando dramáticamente de esta forma el desarraigo que conlleva la vida privado de libertad.⁹⁷

Además, la Convención Interamericana respectiva señala expresamente en su artículo quinto que “ni la peligrosidad del detenido o penado, ni la inseguridad del establecimiento carcelario o penitenciario pueden justificar la tortura”.

⁹⁵ COMITÉ contra la Tortura. Ob. Cit. 2007. Pág. 73; MESTRIN, María Fernanda. Ob. Cit. Pág. 148

⁹⁶ COMITÉ contra la Tortura. Ob. Cit. 2009 Pág. 113

⁹⁷ Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes ONU. Artículo 1º: “tortura todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin (...) de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona (...)”

Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura. Artículo 2º: “tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales (...) como castigo personal (...) o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima (...) aunque no causen dolor físico o angustia psíquica.”

Por otra parte, esta actuación de Gendarmería pugna con lo principios establecidos en los artículos 6° y 7° de nuestra Carta Fundamental que establecen lo que se conoce como Principio de Legalidad o Juridicidad Constitucional y que consiste básicamente en que los órganos del Estado han de adecuar su actuación a lo dispuesto en la Constitución y las leyes, actuando siempre dentro del ámbito de su competencia, previa investidura regular y en la forma prescrita por la Ley.

Claramente cuando Gendarmería de Chile utiliza su facultad para trasladar a los reclusos con la intención de aplicar sanciones de forma encubierta, se contraviene el principio referido ya que se esta procediendo a imponer una sanción sin llevar a efecto previamente un proceso formal sancionatorio con todas las garantías debidas para el condenado y, más encima, se impone una sanción – el traslado- que no se encuentra contemplada expresamente como tal.⁹⁸

En el mismo sentido, al aplicarse como sanción encubierta el traslado a otro Establecimiento Penitenciario, se vulnera el principio de igualdad contenido en la garantía del artículo 19 N° 2 de la Carta Magna, toda vez que cuando un interno comete una falta disciplinaria dentro de una recinto penal se inicia por parte de Gendarmería un proceso sancionatorio formal el que culmina, si al recluso se le encuentra responsable, con la imposición de una de las sanciones contenidas en el artículo 81 del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios de acuerdo a la gravedad de la falta. Se vulnera el principio de igualdad ya que para ciertos casos se siguen los cauces formales para la imposición de una sanción, mientras que en otros la imposición de la sanción/traslado se impone sin respeto alguno de los derechos fundamentales del detenido.

⁹⁸ “El derecho al debido proceso posee, entonces, un carácter garantista y se encuentra íntimamente asociado al principio de juridicidad propio del Estado social y democrático. Este principio señala que todas las actuaciones judiciales y administrativas se encuentran regladas y que, por lo tanto, los agentes estatales a quienes se ha encomendado tomar parte en esas actuaciones deben ceñirse estrictamente a los mandatos contenidos en las normas que integran el ordenamiento jurídico. Por su vinculación con el principio de juridicidad, el debido proceso salvaguarda contra toda actuación contraria al ordenamiento jurídico o que rebase el ámbito señalado por el mismo” DEFENSORÍA del Pueblo de Colombia y Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. “Derechos de las personas privadas de libertad. Manual para su vigilancia y protección” Bogotá. Editorial Nueva Legislación Ltda. 2006 Pág. 151

Por último, no debemos olvidar que los Principios y Buenas Prácticas para la protección de las personas privadas de libertad en las Américas se refiere específicamente a esta situación, señalando en su Principio IX que “los traslados no se deberán practicar con la intención de castigar, reprimir o discriminar a las personas privadas de libertad, a sus familiares o representantes”.

Mención especial merecen ciertos aspectos de inconstitucionalidad de que se encuentra revestida esta práctica de Gendarmería, a saber, el respeto del principio de legalidad y del debido proceso, que analizaremos en la sección siguiente.

V.4. Principios de Legalidad y Debido Proceso.

La facultad sancionatoria de Gendarmería de Chile, como expresión del *ius puniendi* estatal, ha de ceñirse a ciertos principios básicos derivados del Derecho Penal, como son el principio de Legalidad y del Debido Proceso⁹⁹. Esto ya que, si bien Gendarmería de Chile es el encargado de mantener el orden y seguridad de los Establecimientos a su cargo, “el interés por la seguridad y la convivencia ordenada no es absoluto y se deben cumplir ciertos principios mínimos en la aplicación de las sanciones disciplinarias”.¹⁰⁰

⁹⁹ Se afirma que “ en el estado actual de nuestra dogmática parece del todo superflua cualquier discusión en torno a si los principios del Derecho Penal se aplican al Derecho Administrativo Sancionador, puesto que así se acepta con práctica unanimidad” RENART GARCÍA, Felipe “El régimen disciplinario en el ordenamiento penitenciario español: Luces y sombras” Zaragoza. Publicaciones Universidad de Alicante. 2002. Pág. 46; En el mismo sentido: ALCALDE RODRIGUEZ, Enrique. “Aplicación de los principios de tipicidad, culpabilidad y proporcionalidad en la infracción administrativa” En: “Revista Actualidad Jurídica” N° 24 Julio 2011 Universidad del Desarrollo, Santiago 2011. Pág. 69: “[existe] una igualdad cualitativa entre la sanción penal y la pena administrativa y de la que se sigue la aplicación de unos mismos principios y garantías”

¹⁰⁰ CASTRO, Álvaro. CILLERO, Miguel. MERA, Jorge. “Derechos Fundamentales de los Privados de Libertad. Guía Práctica con los estándares internacionales en la materia.” Santiago. Editorial Universidad Diego Portales. 2010. Pág. 155. En el mismo sentido: BERDUGO GOMEZ, Ignacio y ZÚÑIGA, Laura (Coord.) Ob. Cit. Pág. 283: “[...] aunque la disciplina sea importante, nunca será un fin en sí misma, sino un medio para conseguir el buen orden regimental que permita que los internos puedan ejercer el libre desarrollo

Por su parte, ya el Tribunal Constitucional había hecho esta apreciación en su sentencia en la causa Rol N° 244 de 1996 al señalar que “los principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución Política de la República han de aplicarse al derecho administrativos sancionador puesto que ambos son manifestaciones del *ius puniendi* propio del Estado”.

Se afirma que “la discrecionalidad de la administración en asuntos disciplinarios encuentra límites infranqueables en el respeto que se debe a los derechos humanos. Las autoridades administrativas, en consecuencia, no pueden dictar actos sancionatorios sin otorgar a los afectados las garantías del debido proceso. Estas garantías no pueden ser reducidas invocando necesidades de orden público.”¹⁰¹ Por lo anterior, el control que se haga sobre la potestad sancionatoria de Gendarmería de Chile es fundamental para la efectiva protección de los derechos de los reclusos.

V.4.i. Principio de Legalidad.

Este principio es fundamental dentro de todo Ordenamiento Jurídico de un Estado de Derecho que se precie de tal y se ilustra, a grandes rasgos, mediante la máxima de *nullum crimen nulla poena sine lege*. Este principio se encuentra recogido a nivel constitucional en el numeral tercero del artículo 19 de nuestra Carta Magna y a nivel reglamentario, en lo que nos interesa, en el artículo 90 de Reglamento de Establecimientos Penitenciarios.

Se señala que una sanción “se habrá aplicado con arreglo al principio de legalidad si está establecida en una *lex praevia* (exclusión de la aplicación retroactiva de las leyes penales) y en una *lex scripta* (exclusión del derecho consuetudinario), que reúna las condiciones de una *lex certa* (exclusión de las

de su personalidad en idénticas condiciones que el ciudadano libre, con el fin de conseguir los fines resocializadores.”

¹⁰¹ DEFENSORÍA del Pueblo de Colombia y ACNUDH. Ob. Cit. Pág. 153

cláusulas generales), interpretada como una *lex stricta* (exclusión de la extensión analógica de la ley penal)".¹⁰²

Por su parte, se afirma que la "función del principio de legalidad es esencialmente garantista" y que consiste en que "el Estado ha de especificar el contenido y fundamento de sus intervenciones sobre los ciudadanos con el mayor rigor posible y que estos han de tener la posibilidad real de conocerlos con toda claridad", siendo en definitiva "una garantía frente a la arbitrariedad estatal".¹⁰³

La Doctrina y Jurisprudencia entiende que este principio no sólo es aplicable a las sanciones penales propiamente tales, sino que también cobra relevancia y plena aplicación en ejercicio del *ius puniendi* estatal por parte de la Administración, como en este caso, cuando la Administración Penitenciaria impone sanciones disciplinarias¹⁰⁴. Así, esta garantía estaría "referida tanto al ámbito estrictamente penal como administrativo, que refleja la importancia de la seguridad jurídica en dichos campos limitativos de derechos y que supone la exigencia imperiosa de predeterminación normativa de las conductas infractoras y de las sanciones correspondientes".¹⁰⁵

En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, afirmando que "las sanciones administrativas son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y que tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de éstas" y que por lo mismo, "en un Estado de Derecho, los principios de legalidad e irretroactividad presiden la actuación de todos los

¹⁰² BACIGALUPO, Enrique. "Derecho Penal. Parte General" 2ª Edición Buenos Aires. Editorial Hammurabi SRL. 1999. Pág. 105-106

¹⁰³ BUSTOS RAMIREZ, Juan. "Obras Completas" Compilador: José Urquiza Olaechea. Lima. Editorial E.I.R.L. 2004. Tomo I. Pág. 566

¹⁰⁴ BACIGALUPO, Enrique. Ob. Cit. Pág. 103: "[El principio de legalidad] no solo rige respecto de las sanciones propiamente penales, sino de toda sanción (inclusive las administrativas y disciplinarias) que pueda aplicarse por una lesión del ordenamiento jurídico." También BUSTOS RAMIREZ, Juan. Ob. Cit. Pág. 569: "El hecho de que sea una potestad sancionadora que incide en la libertad de los individuos sirve de fundamento para exigir también su sometimiento al principio de legalidad. Por eso, son válidos en relación a las infracciones administrativas, lo argumentos anteriores [referidos al principio de legalidad.]"

¹⁰⁵ REBOLLO PUIG, Manuel *Et al.* "Derecho Administrativo Sancionador" 1ª Edición. Valladolid. Editorial LEX NOVA. 2001. Pág. 114

órganos del Estado, en sus respectivas competencias, particularmente cuando viene al caso el ejercicio del poder punitivo”.¹⁰⁶

Consecuencia de la aplicación del principio de legalidad a las actuaciones de la Administración Penitenciaria es el que la sanción impuesta por una falta disciplinaria al régimen interno debe necesariamente estar establecida previamente, “no pudiendo imponerse una sanción distinta a las previstas en la respectiva norma”.¹⁰⁷

Luego, cuando Gendarmería de Chile dispone el traslado de un interno como represalia por la comisión de infracciones al régimen disciplinario, se estaría vulnerando el principio de Legalidad, toda vez que el traslado no está establecido como una eventual sanción en el artículo 81 del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios. Es más, el artículo 90, referido más arriba, prohíbe prácticas de este tipo al disponer que “bajo ninguna circunstancia podrán aplicarse castigos diversos a los señalados, o por otros funcionarios que los facultados por este Reglamento”.

V.4.ii. Debido Proceso. Presunción de inocencia y derecho de defensa.

Se afirma que “la noción de debido proceso es todavía de una extraordinaria vaguedad”, por lo que en doctrina no es posible encontrar una definición unívoca de este concepto. Sin embargo, se ha dicho que “en general, este puede ser definido como el derecho que garantiza al ciudadano la realización en el proceso de los principios, derechos y garantías procesales constitucionalizadas, [pero] el problema radica en determinar cuáles son en definitiva dichas garantías procesales.”¹⁰⁸ En el mismo sentido, se sostiene que se trata de un principio en el cual “se precipitan todas las garantías, derechos

¹⁰⁶ CORTE Interamericana de Derechos Humanos. Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá, 2 de febrero de 2001. Párrafos 106 y 107 [En Línea] <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_72_esp.pdf> [Consulta 20 Noviembre 2012]

¹⁰⁷ DEFENSORÍA del Pueblo de Colombia y ACNUDH. Ob. Cit. Pág. 151

¹⁰⁸ HORVITZ, María Inés y LOPEZ, Julián “Derecho Procesal Penal Chileno. Tomo I”. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 2003. Pág. 69

fundamentales y libertades públicas de los que es titular la persona en un Estado social y democrático de Derecho”.¹⁰⁹

De todas formas, es indiscutible que dentro de las garantías aseguradas por el principio del debido proceso podemos encontrar, al menos, la presunción de inocencia, el derecho al juez natural, el respeto del *non bis in idem* y el derecho a la defensa, entre otros.¹¹⁰

El espectro protector del debido proceso alcanza también, como dijimos más arriba, al ejercicio del *ius puniendi* estatal por parte de la Administración Penitenciaria ya que esta, cuando lleva adelante “una investigación para verificar si un recluso infringió el reglamento y por ende, si incurrió en una determinada falta disciplinaria para proceder a imponer la sanción pertinente, está absolutamente obligada a respetar las garantías individuales consagradas en normas nacionales e internacionales”.¹¹¹ De esta forma, “las únicas sanciones que podrán imponerse a los reclusos son las decididas tras un procedimiento disciplinario formal. Bajo ninguna circunstancia los funcionarios podrán tener un sistema informal e independiente de sanciones que pase por alto los procedimientos oficiales”.¹¹²

En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, señalando que “si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula “Garantías Judiciales”, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos”¹¹³ siendo así que, “tanto los órganos jurisdiccionales como

¹⁰⁹ BUSTOS RAMIREZ, Juan. Ob. Cit. Pág. 556

¹¹⁰ Se afirma que, en el ámbito regional, el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos dotaría de contenido al principio del debido proceso al establecer ciertas garantías judiciales mínimas para la imposición de sanciones penales o administrativas.

¹¹¹ DEFENSORÍA del Pueblo de Colombia y ACNUDH. Ob. Cit. Pág. 150

¹¹² COYLE, Andrew. “La administración penitenciaria en el contexto de los derechos fundamentales. Manual para el personal penitenciario” Londres. Editado por el Centro Internacional de Estudios Penitenciarios. 2002. Pág. 80

¹¹³ CORTE Interamericana de Derechos Humanos. Caso Tribunal Constitucional Vs. Perú. Sentencia 31 enero 2001 Párrafo 69 [En Línea]

los de otro carácter que ejerzan funciones de naturaleza materialmente jurisdiccional, tienen el deber de adoptar decisiones justas basadas en el respeto pleno a las garantías del debido proceso establecidas en el artículo 8 de la Convención Americana”.¹¹⁴

Revisaremos a continuación, brevemente, dos garantías del debido proceso que son especialmente vulneradas cuando Gendarmería de Chile utiliza el traslado del interno como una especie de sanción encubierta¹¹⁵, a saber, la presunción de inocencia y el derecho de Defensa.

V.4.ii.a) Presunción de inocencia.

El principio de presunción de inocencia ha sido definida como “el derecho que tienen todas las personas a que se considere a priori como regla general que ellas actúan de acuerdo a la recta razón, comportándose de acuerdo a los valores, principios y reglas del ordenamiento jurídico, mientras un tribunal no adquiera la convicción, a través de los medios de prueba legal, de su participación y responsabilidad en el hecho punible determinada por una sentencia firme y fundada, obtenida respetando todas y cada una de las reglas del debido y justo proceso”¹¹⁶. Sin perjuicio de lo anterior, algunos autores consideran que es mejor

<http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_71_esp.pdf> [Consulta 20 Noviembre 2012]

¹¹⁴ CORTE Interamericana de Derechos Humanos. Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Sentencia 6 de Febrero 2001. Párrafo 104. [En Línea] <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_74_esp.pdf> [Consulta 20 Noviembre 2012]

¹¹⁵ Un autor reconoce que existen a lo menos cinco falencias, en general, en el proceso disciplinario penitenciario y que serían las siguientes: “1) La mayor parte de los reclusos no conoce el reglamento que, en teoría, regula la vida carcelaria. 2) Los presos denuncian que son sancionados sin la controversia probatoria correspondiente, es decir, sin el derecho a defenderse. 3) Las sanciones son impuestas directamente por el agente que ha resultado envuelto en la controversia o que se siente ofendido por el comportamiento del recluso. 4) Cuando la falta cometida constituye delito [...] el inculpaado puede recibir doble sanción, pues la sanción disciplinaria es independiente de la acción penal. 5) En muchas ocasiones cuando la sanción se notifica, ella ya se ha ejecutado”. POSADA SEGURA, Juan David. “Derechos Fundamentales relacionados con la privación de libertad en Colombia” En: CESANO, José Daniel y PICÓN, Fernando (Coord.) Ob. Cit. Pág. 191-192

¹¹⁶ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto “Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia” [En Línea] <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122005000100008&script=sci_arttext#nota3> [Consulta: 20 Noviembre 2012]

“el conservar la formulación negativa del principio para comprender su significado” en el sentido de que “nadie es culpable si una sentencia no lo declara así”.¹¹⁷

Este principio tiene dos consecuencias básicas. Por un lado, que el imputado debe ser tratado como inocente durante todo el proceso y, por otro, que la carga de la prueba para demostrar la culpabilidad, corresponde al Estado, operando aquí el principio *in dubio pro reo*.¹¹⁸

De todas maneras, “se debe entender que [la presunción de inocencia] no se trata de ningún beneficio a favor del reo, o una prebenda legislada para favorecerlo, sino, muy por el contrario, una limitación muy precisa a la actividad sancionatoria del Estado”.¹¹⁹

El principio de presunción de inocencia se encuentra reconocido en diversos instrumentos internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Si bien nuestra Constitución Política no lo establece expresamente, este principio goza en Chile de rango constitucional en virtud del artículo 5 inciso segundo de nuestra Constitución Política.¹²⁰ De todas formas, el Código Procesal Penal se encargó por su parte de sancionar legalmente este derecho en su artículo 4° al disponer que “ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por una sentencia firme”.

Como se dijo más arriba, si bien la presunción de inocencia es por lo general concebida como una garantía del derecho penal, en realidad “abarca más allá del mismo, a todo acto del poder público, sea administrativo o judicial,

¹¹⁷ BINDER, Alberto M. “Introducción al Derecho Procesal Penal” 2ª Edición. Buenos Aires. Ed. Ad-Hoc. 1999 Pág. 125

¹¹⁸ HORVITZ, María Ines y LOPEZ, Julián. Ob. Cit. Pág.82-86

¹¹⁹ BINDER, Alberto M. Ob. Cit. Pág. 127

¹²⁰ HORVITZ, María Ines y LOPEZ, Julián. Ob. Cit. Pág.78

mediante el cual se castigue una conducta de las personas definidas en la Ley como infractora del orden jurídico”.¹²¹

Por su parte, en el ámbito específico de la aplicación de sanciones por parte de la Administración Penitenciaria, se afirma que esta “sólo puede imponer una sanción disciplinaria a un recluso cuando después de haber sometido su conducta a investigación, imputación y juzgamiento, logra demostrar su responsabilidad en la comisión de dicha conducta”, lo que implica que los internos “sólo pueden ser castigados por comportamientos que efectivamente han realizado y no por simples sospechas o indicios débiles de que han cometido una falta”.¹²²

Ahora bien, en lo que respecta al objeto de esta sección, podemos considerar que el principio de presunción de inocencia se ve vulnerado cada vez que Gendarmería de Chile utiliza el traslado a modo de sanción encubierta en contra de internos por la supuesta comisión de faltas al régimen disciplinario. Esto es así puesto que para imponer esta sanción informal, la Administración elude todos los requisitos contenidos en el Título Quinto del Reglamento para la imposición de sanciones disciplinarias, toda vez que con el solo informe del funcionario a cargo, se presume la responsabilidad del interno y se toma la decisión de trasladarlo a otro Establecimiento Penal.

Esto deja en evidencia que es real la afirmación respecto de que “las autoridades penitenciarias están en mora de superar su estrecha percepción acerca del debido proceso disciplinario, la cual las lleva a creer que el informe rendido por el personal de guardia es prueba suficiente para sancionar”.¹²³

¹²¹ REBOLLO PUIG, Manuel *Et al* Ob. Cit. Pág. 624

¹²² DEFENSORÍA del Pueblo de Colombia y ACNUDH. Ob. Cit. Pág. 153

¹²³ DEFENSORÍA del Pueblo de Colombia y ACNUDH. Ob. Cit. Pág. 296: “La mayoría de los procedimientos se incoan mediante parte de funcionarios informado por el jefe de servicio y aunque el interno tenga derecho a la presunción de inocencia y haya que probar los hechos, en la práctica penitenciaria el valor probatorio, salvo prueba en contrario, tiene su soporte en el informe del funcionario”

V.4.ii.b) Derecho de Defensa.

Se afirma que “el derecho de defensa cumple, dentro del proceso, un papel particular: por una parte, actúa en forma conjunta con las demás garantías; por la otra, es la garantía que torna operativas a todas las demás”¹²⁴. Esto ya que la única forma de protegerse de la arbitrariedad estatal en el uso del *ius puniendi* es por medio del ejercicio efectivo de este derecho de defensa.

Ahora bien, el derecho de (o a la) Defensa se entiende, en términos generales, como aquel derecho que tiene toda persona para defenderse de los cargos que se le imputan, siendo para esto necesario el conocimiento de los fundamentos de la acusación, la posibilidad de contradecir dichos argumentos aportando la prueba que sea necesaria y el asesoramiento de un letrado.

Se sostiene que este derecho “agrupa el conjunto de actividades indispensables para lograr el respeto efectivo de los derechos de la persona involucrada en un proceso o actuación ante cualquier autoridad”, así como la “posibilidad de emplear todos los instrumentos legítimos e idóneos para hacer escuchar las propias razones y obtener una decisión favorable”.¹²⁵

Por su parte, se le ha definido doctrinariamente como “un derecho de rango fundamental, atribuido a las partes de todo proceso, que consiste básicamente en la necesidad de que estas sean oídas, en el sentido de que puedan alegar y probar para conformar la resolución judicial y de que conozcan y puedan rebatir todos los materiales de hecho y de derecho que puedan influir en la resolución”.¹²⁶

Nuestra Constitución Política reconoce el Derecho de Defensa como un Derecho Fundamental estableciendo en el inciso segundo del artículo 19 N° 3 que “toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale”¹²⁷. Esta es una “norma de carácter amplio y que considera el derecho a la defensa no solo en su concepto estricto de defensa en juicio, sino que la extiende a todos los

¹²⁴ BINDER, Alberto M. Ob. Cit. Pág. 155

¹²⁵ DEFENSORÍA del Pueblo de Colombia y ACNUDH. Ob. Cit. Pág. 154

¹²⁶ HORVITZ, María Inés y LOPEZ, Julián. Ob. Cit. Pág.77

¹²⁷ El Código Procesal Penal también se refiere al Derecho de Defensa y lo hace extensivo no solo a las actuaciones que se llevan adelante en el curso del juicio penal, sino también a las cuestiones que susciten en la ejecución de la pena que se imponga, hasta la completa ejecución de la sentencia, de acuerdo a lo que disponen los artículos 7, 8, 93, 94, 102 y 466 del referido cuerpo legal.

procedimientos realizados por órganos del Estado y en los que se pudieren afectar garantías y derechos”¹²⁸, como cuando la Administración Penitenciaria lleva adelante un proceso sancionatorio en contra de un recluso.

En aquellos casos en que Gendarmería de Chile traslada a un interno de Establecimiento Penitenciario con el objeto de sancionarlo informalmente por la supuesta comisión de una falta disciplinaria, se afecta su derecho de defensa puesto que, como se trata de una sanción encubierta que no es consecuencia de un procedimiento sancionatorio formal, no existen “oportunidades procesales” para que el condenado pueda defenderse de la imputación hecha en su contra, de manera tal de poder rendir prueba y hacer las alegaciones pertinentes con el fin de desvirtuar la acusación. Se vulnera así el derecho de defensa ya que la decisión de traslado/sanción se fundamenta simplemente en la potestad discrecional de Gendarmería de Chile para determinar en qué lugar los internos han de cumplir su condena y no en la substanciación de un procedimiento sancionatorio formal que respete los derechos y garantías del condenado.

De más está decir que, aun cuando el traslado no sea consecuencia de un procedimiento sancionatorio formal donde se pueda hacer efectivo el derecho de defensa, este no se extingue para el condenado, quien sigue gozando del mismo y tiene derecho a accionar ante los Tribunales de Justicia con el objeto de que se deje sin efecto el traslado/sanción ilegalmente impuesto. Lo anterior ya que, tal como señala Binder, “el judicializar el proceso de ejecución no consiste únicamente en generar mecanismos procesales para el control de la pena, sino permitir que el condenado pueda defenderse, no ya de la imputación, sino de una ejecución descarriada de la pena”.¹²⁹

¹²⁸ HESKIA, Joanna. “Marco normativo” Pág. 4 En: DEFENSORÍA Penal Pública y Corporación de estudios sociales y educación. “Estudio sobre el Derecho de Defensa en la ejecución de penas privativas de libertad y condiciones de privación de libertad en el nuevo proceso penal” Santiago. 2006

¹²⁹ BINDER, Alberto. “El Proceso Penal. Programa para el mejoramiento de la administración de la Justicia” ILANUD, San José de Costa Rica. 1991

En suma, cada vez que Gendarmería de Chile utiliza su facultad para determinar el traslado de los internos como una sanción encubierta ante supuestas faltas al régimen disciplinario, se estaría vulnerando por un lado, el principio de legalidad -ya que el traslado en ningún caso se ha tipificado como una sanción válida- y, por otro, el debido proceso, ya que, por un parte, no se respeta la presunción de inocencia -la sanción informal es impuesta al interno presumiéndose su responsabilidad en los hechos que se le imputan- y, por otra, el derecho a la defensa -ya que el interno carece de posibilidades de defenderse de la imputación fundamento de la sanción, puesto que no existe ningún procedimiento sancionador formal en marcha en el cual el interno, o su abogado, pueda intervenir, controvirtiendo la prueba de cargo, presentando prueba propia o haciendo las alegaciones que corresponda.

O sea, por un lado, se impone una sanción por un hecho respecto del cual no se ha demostrado la efectiva participación del interno y, por otro, se le castiga con una sanción distinta de que la eventualmente correspondería conforme a Derecho, ya que el traslado no puede ser utilizado como castigo de acuerdo a la normativa vigente.

V.5. Nueva política de Gendarmería de Chile, explicitación de una práctica real.

El día sábado 26 de mayo del año 2012, en entrevista con el periódico de El Mercurio, el señor Luis Masferrer, en su calidad de Director Nacional de Gendarmería de Chile, manifestó que “bajo el contexto de los Derechos Humanos, se decidió la eliminación de las celdas de castigo en los primeros 16 establecimientos penales”, señalando que en dichas unidades se aplicará un nuevo sistema para sancionar a los reos que infrinjan las normas internas y que “cualquier acto de indisciplina ya no va a pasar por la celda de castigo, sino que el

reo va a ser reubicado en otro penal, con un nivel de régimen interno mucho más intenso del que egresó”.¹³⁰

Consultado Gendarmería de Chile respecto del cómo se va a implementar este plan piloto, se afirmó que todavía no existía una definición clara por parte de la institución, pero que existían dos posibilidades. En primer lugar se considera la posibilidad de que cuando el interno cometa una falta, este sea reubicado en otro módulo o colectivo, dentro del mismo penal en que se encuentra recluido. Sin embargo, esta opción no aparece como la más probable atendido que en muchos casos esta medida no cumpliría la función de alejar al interno del lugar de conflicto y porque los mismos funcionarios de Gendarmería no la percibirían como una efectiva sanción. Por su parte, la otra propuesta consiste en crear “Establecimientos Penitenciarios de cabecera” en cada región, que tuvieren condiciones de seguridad más elevados que el resto y a los cuales serían enviados los internos infractores. Esta modalidad ya se estaría implementando en la Sexta Región, oficiando de “Establecimiento de cabecera” el CCP de Rancagua.¹³¹

De esta forma, el Director Nacional de Gendarmería, atendidas las diversas recomendaciones de Organismos Internacionales y de acuerdo a los compromisos internacionales suscritos por Chile que abogan por eliminar o a lo menos restringir el uso de la celda de castigo¹³², presenta este “plan piloto” que tiene por objeto eliminar dichas celdas. El problema es que, justificándose en consideraciones de respeto a los Derechos Humanos de los reclusos, se pretende implementar abiertamente otra política igualmente atentatoria a los Derechos Fundamentales de los mismos y que, más encima, afecta también a personas a las cuales, de

¹³⁰ “DIRECTOR de Gendarmería ha expulsado cien funcionarios por actos de corrupción”. El Mercurio. Santiago, Chile. 26 de mayo 2012. C-14, C-15

¹³¹ Esta información fue proporcionada por el señor José Henríquez Muñiz, abogado de la Unidad de Protección y Promoción de los Derechos Humanos dependiente de la Subdirección Técnica de Gendarmería de Chile, en entrevista personal el día 15 de noviembre de 2012.

¹³² Actualmente Gendarmería de Chile ya no habla de celdas de castigo, sino que prefiere utilizar eufemismos tales como “celdas de aislamiento” o “celdas de contención”, sin perjuicio de que se mantienen las mismas condiciones infrahumanas para los internos que son destinados a dichos lugares.

acuerdo con el principio de intrascendencia de la pena, no debiese afectar, como son la familia o amigos del interno.¹³³

Si bien es un paso adelante en la protección de la dignidad humana la intención de Gendarmería de Chile de eliminar las celdas de castigo, atendidas las indignas condiciones en las cuales se lleva a efecto dicha sanción, se la está cambiando por otra sanción que en la práctica puede tener efectos más sensibles aún. El artículo 81 letra k) del REP prevé como sanción más severa a las faltas de los internos la “internación en celda solitaria por períodos que no podrán exceder de 10 días”. O sea, la mantención en la celda de castigo no puede tener una extensión en el tiempo mayor que la dispuesta en el Reglamento, pero, en cambio, el traslado de un interno a otro Establecimiento puede traer efectos perniciosos para el condenado y su familia, que se prolonguen en el tiempo indefinidamente.

Por otra parte, si en vez de utilizar la celda de castigo se decide trasladar al recluso infractor, la efectiva implementación de este plan piloto haría que la cantidad de traslados de los internos de un Establecimiento Penitenciario a otro se dispare enormemente, afectando a una gran cantidad de reclusos y sus respectivos familiares y amigos. Lo anterior se concluye atendida la sobre utilización de la celda de castigo en el régimen carcelario chileno, constituyendo ésta más del 90% de las sanciones que se imponen. De un total de 9.803 sanciones impuestas entre enero y octubre de 2011, en 8.900 casos la sanción ha sido el aislamiento en celda solitaria.¹³⁴

¹³³ Sin perjuicio de que el Director Nacional, al señalar que se aplicará un nuevo sistema de sanciones, pasa por alto todo lo expuesto más arriba respecto del principio de legalidad.

¹³⁴ INSTITUTO Nacional de Derechos Humanos. 2011. Ob. Cit. Pág.24

CAPITULO VI. OFICIO N° 6562-2007 DE LA EXCELENTÍSIMA CORTE SUPREMA.

Por último, y en el contexto del Traslado de condenados de un Establecimiento Penitenciario a otro, no podemos dejar de referirnos, aunque sea brevemente, al Oficio 6562-2007 de la Corte Suprema y sus consecuencias en el tema que nos atañe.

El día 17 de diciembre de 2007 la Corte Suprema emitió un oficio dirigido a los Tribunales inferiores con competencia penal, que tendría importantes repercusiones en lo que dice relación con la protección de los derechos fundamentales de los reclusos cuando estos son violentados a causa de un Traslado Activo o por el rechazo de un Traslado Pasivo.

Dijo el Excelentísimo Tribunal: “Teniendo en consideración los antecedentes hechos llegar a este Tribunal (...) de los que se advierte que se ha transformado en una práctica reiterada que los Juzgados de Garantía y de Tribunales de Juicio Oral en lo Penal de Santiago deriven a los imputados a centros penitenciarios determinados, en particular a la Unidad Especial de Alta Seguridad, lo que resulta a lo menos inadecuado pues de esta forma se entorpece la labor administrativa de Gendarmería de Chile, se acuerda instruir a los Tribunales de Garantía, de Juicio Oral en lo Penal, de Letras con competencia en Garantía y del Crimen del país que se abstengan disponer el ingreso de imputados a un centro penitenciario determinado, labor que corresponde a Gendarmería de Chile precisar e informar al Tribunal, debiendo reservar esta decisión sólo a casos excepcionales y por motivos fundados que deben ser explicitados en la resolución del respectivo tribunal, coordinándose previamente con Gendarmería para su cumplimiento”.

VI.1. Análisis.

Consideramos que este oficio debe ser interpretado de forma tal de salvaguardar de la mejor forma posible los derechos de las personas privadas de libertad y de su núcleo familiar y social.

De esta forma, y haciendo un análisis literal del documento, se puede afirmar que, por un lado, la Corte sólo se refiere al caso de los imputados privados de libertad, mas no a los ya condenados, puesto que en ningún momento se hace referencia a ellos¹³⁵ y, por otro, que está referido exclusivamente al ingreso que se hace de una persona a un Establecimiento Penal determinado y no a los traslados posteriores.

En el oficio analizado la Corte Suprema acuerda instruir a los tribunales inferiores que se abstengan de ordenar el ingreso de imputados a Establecimientos determinados. La “orden de ingreso” de un tribunal es aquel mandato jurisdiccional dirigido a la Autoridad Penitenciaria, en virtud del cual una persona es puesta a disposición de esta para cumplir una pena privativa de libertad o la medida cautelar de prisión preventiva. Esta orden es el antecedente necesario para que cualquier persona se encuentre privada de libertad en un Establecimiento Penitenciario cumpliendo una condena o en prisión preventiva. Es, se puede afirmar, el título que habilita a Gendarmería para recibir a una persona bajo su custodia. Si una persona está privada de libertad en un Establecimiento Penitenciario a cargo de Gendarmería sin que exista esta “orden de ingreso”, dicha privación de libertad sería ilegal.¹³⁶

¹³⁵ Sin perjuicio de lo anterior, esta afirmación es discutible por cuanto, si bien existe una diferencia sustancial entre una persona con la calidad procesal de imputado y otra con la de condenado, muchas veces los tribunales de justicia y demás operadores del sistema se refieren a unos y otros utilizando un concepto amplio de imputado, de acuerdo al artículo 7 del Código Procesal Penal.

¹³⁶ Esta privación de libertad es distinta de aquella sufrida por las personas detenidas en comisarías, ya que estas están temporalmente privadas de libertad por haber sido sorprendidas en situación de flagrancia o por haber despachado el Tribunal orden de detención en su contra. Los detenidos se encuentran sujetos a la custodia de Carabineros de Chile y no de Gendarmería.

Distinta es la situación de aquellas personas que se encuentran bajo custodia de Gendarmería de Chile en prisión preventiva ordenada por el juez de Garantía en audiencia o cumpliendo efectivamente una pena privativa de libertad. En estos dos últimos casos, la “orden de ingreso” referida es un requisito *sine qua non*.

Esta orden de ingreso sólo opera en dos momentos: cuando el imputado es puesto en prisión preventiva y cuando la persona es efectivamente condenada. Para los traslados posteriores de que sea objeto el imputado o condenado ya no se dictarán más “órdenes de ingreso” por parte del Tribunal, si no que este se verificará simplemente por medio de una resolución administrativa de Gendarmería.

De esta forma, sería Gendarmería el encargado, a priori, de determinar en qué lugar han de ser reclusos los presos en primera instancia. Lo anterior es sin perjuicio de que, con posterioridad al ingreso del interno, durante la ejecución de la pena o de la prisión preventiva, y en atención a las cuestiones que se susciten durante esta y los antecedentes allegados por el abogado defensor o el propio interno, el Juez de Garantía, en su rol de Juez de Ejecución de acuerdo a los artículos 14 f) y 113 del Código Orgánico de Tribunales y 466 del Código Procesal Penal, ordene que el privado de libertad sea trasladado de Establecimiento Penitenciario, no pudiendo Gendarmería de Chile entrar a calificar su fundamento u oportunidad, ni la justicia o legalidad de la resolución, de acuerdo con el artículo 76 de la Constitución Política.

Por otra parte, la Corte Suprema reconoce que en ciertos casos sí procede el que los Tribunales de Justicia ordenen el ingreso o traslado de un interno a un Establecimiento específico, señalando que deben “reservar esta decisión sólo a casos excepcionales y por motivos fundados que deben ser explicitados en la resolución”. De esta forma, cada vez que exista posibilidad de vulneración de derechos fundamentales, sea del interno o de su familia, el Juez de Garantía ha de intervenir ordenando el traslado del recluso, explicitando los fundamentos de dicha decisión en la resolución que así lo ordene.

En conclusión, este oficio de la Corte Suprema no debe ser obstáculo para que los Tribunales de Justicia, y en particular los Juzgados de Garantía, en ejercicio de sus facultades jurisdiccionales –específicamente en lo relativo a la

ejecución de lo juzgado- y sus facultades conservadoras –para la protección de los derechos de toda persona- ordenen a Gendarmería de Chile, en resguardo de los derechos del interno y su familia, que este sea trasladado de un Establecimiento Penitenciario a otro o que se deje sin efecto el Traslado Activo ya efectuado.

VI.2. Consecuencias problemáticas.

Sin perjuicio de las consideraciones anteriores, en la práctica, este oficio de la Corte Suprema ha traído problemas para la protección de los derechos de las personas privadas de libertad y sus familiares.

El más importante se refiere a la situación de indefensión en que queda el interno frente a decisiones arbitrarias por parte de Gendarmería de Chile al disponer un Traslado Activo o denegar la solicitud de Traslado Pasivo. Esto es así puesto que suele ocurrir que el Juzgado de Garantía, al enfrentarse ante una solicitud de traslado o un reclamo por un traslado ya efectuado, se excusa de resolver sobre el fondo del asunto –la eventual vulneración de derechos, la correcta ejecución de la pena y legalidad del actuar de Gendarmería- aduciendo que existe un oficio de la Corte Suprema que no les permite intervenir en estos casos, desechando la pretensión de la Defensa y dejando todo a la suerte del poder discrecional de Gendarmería. De esta forma, tanto el interno como su familia quedan en una situación de indefensión insostenible en un Estado democrático de Derecho, privándosele de un efectivo acceso a la justicia para la protección de sus derechos.

A modo de ejemplo, referiremos a continuación un par de casos ocurridos en Santiago durante el año 2012.

El primero se refiere a un caso en que, ante 7° Juzgado de Garantía de Santiago, en audiencia de Cautela de Garantías solicitada a favor de un reo del CDP Santiago Sur que había sido agredido por otros reclusos y debido ser atendido en el Hospital Penitenciario en diversas ocasiones por lesiones graves, la Defensoría Penal Pública solicitó que se ordenase el traslado del condenado a

otro Establecimiento Penitenciario. En dicha audiencia, el Tribunal se limitó a resolver que Gendarmería debía informar al Tribunal dentro de 72 horas sobre la factibilidad de traslado del condenado disponiendo que “se estará al tenor del informe evacuado por Gendarmería de Chile, no debiendo fijarse nueva fecha de audiencia para discutir el traslado”¹³⁷. Así, el Tribunal lo que hace es dejar toda la decisión en manos de la Administración Penitenciaria, independiente de la vulneración de derechos que estaba siendo objeto el interno. En este caso particular Gendarmería informó negativamente sobre el traslado y el condenado fue mantenido en el Centro de Detención Preventiva Santiago Sur, en la Calle de “aislados” (en las celdas de castigo). Si bien el Tribunal no hace referencia explícita al oficio de la Corte Suprema, sí resuelve razonando en base a este, dejando la decisión del asunto –y la efectiva protección de los derechos del interno- exclusivamente en manos de Gendarmería.

En el mismo sentido, el 3° Juzgado de Garantía de Santiago, ante una solicitud de la Defensoría Penal Pública para que ordenase el traslado de un interno desde el Centro de Detención Preventiva Santiago Sur al Centro de Cumplimiento Penitenciario Colina II para la protección de su vida e integridad física puesto que había sido objeto de amenazas y agresiones por parte de otros reclusos, resolvió que “atendido el criterio que impuso la Corte Suprema mediante auto-acordado, que no ha sido modificado, el Tribunal no tiene facultades para ordenar el traslado, salvo situaciones excepcionales que en este caso no están acreditadas, por lo tanto sólo se ordena a Gendarmería adoptar medidas de seguridad y que resuelva la solicitud de traslado”¹³⁸. En este caso no queda claro qué es para el Tribunal el que exista una “situación excepcional” que amerite su intervención, puesto que si ordena a Gendarmería de Chile el adoptar medidas de seguridad para protección del interno, es precisamente porque su vida e integridad física están siendo amenazadas dentro del Establecimiento Penal.

¹³⁷ Causa RUC 0900333470-5 del 7° Juzgado de Garantía de Santiago. Audiencia del 06 de Noviembre de 2012

¹³⁸ Causa RUC 0700354835-4 del 3° Juzgado de Garantía de Santiago. Audiencia de 06 de Febrero de 2012.

Se afirma que con prácticas como estas el Poder Judicial olvida su rol de garante de los derechos fundamentales de los privados de libertad, ya que “delega en la autoridad administrativa aspectos esenciales de la vida carcelaria del interno que modifican cualitativa y cuantitativamente la pena impuesta jurisdiccionalmente”, siendo uno de estos aspectos “el referido a los constantes y arbitrarios traslados de Unidad a los que se ven sometidos los detenidos, con el condigno perjuicio para sus derechos fundamentales”.¹³⁹

Esta situación de indefensión se debe a la errónea interpretación que algunos Tribunales han hecho del oficio analizado ya que lo han entendido como un impedimento para entrar a resolver respecto de las cuestiones suscitadas durante la ejecución penal y que tengan que ver con el traslado o permanencia de un interno en un Establecimiento Penitenciario determinado, dejando la resolución del asunto en manos de Gendarmería.

Es incorrecta dicha interpretación toda vez que el oficio de la Corte Suprema es claro al señalar que los Tribunales sí deben intervenir en ciertos casos, debiendo fundar debidamente su resolución. En ningún momento se establece que no deban conocer del asunto o no deban intervenir cuando existan razones para hacerlo. Por el contrario, cada vez que pueda existir vulneración de derechos de los internos –sea porque su vida o integridad física se encuentre en peligro, porque hayan sido trasladados a lugares distantes de sus familias, porque se les traslada como sanción encubierta, porque se les priva de continuar con estudios o trabajos dentro del Establecimiento Penal, etc.- o de la familia del condenado –por verse imposibilitados de mantener una relación directa y regular con su familiar preso- los Tribunales de Justicia están obligados a intervenir con el objeto de salvaguardar dichos derechos y velar por una correcta ejecución de la pena privativa de libertad.

¹³⁹ MADINA, Marcelo A. “La posición de garante del Poder Judicial” En: COMITÉ contra la Tortura. Comisión Provincial por la Memoria. “El sistema de la crueldad VI. Informe Anual 2011 sobre violaciones a los Derechos Humanos en lugares de detención de la Provincia de Buenos Aires.” 2011 [En Línea] <http://www.comisionporlamemoria.org/comite/informes/anuales/Informe_2011_cpm_comite.pdf> [Consulta: 03 Noviembre 2012] Pág. 182

Una interpretación diferente nos conduciría a concluir que el oficio adolecería de un vicio de inconstitucionalidad al pugnar con los principios establecidos en el artículo 76 de nuestra Carta Magna. En particular, este artículo establece que “la facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley”. Luego, con esta errada interpretación se estaría renunciando a parte fundamental de su Facultad Jurisdiccional, que es la ejecución de lo juzgado o, al menos, al control efectivo de esta. Sumado a esto, al no entrar a conocer de la eventual afectación de derechos alegada, se vulneraría también el Principio de Inexcusabilidad de los Tribunales de Justicia en virtud del cual éstos no se pueden excusar de ejercer su autoridad ni aún por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometido a su decisión.

En este caso, además de renunciarse a uno de los elementos de la Jurisdicción y de vulnerarse el Principio de Inexcusabilidad, tampoco se estarían ejerciendo correctamente las llamadas Facultades Conservadoras de los Tribunales de Justicia, del artículo 3 del Código Orgánico de Tribunales, y que son aquellas conferidas a los Tribunales para velar por la observancia de la Constitución y las leyes y la protección de los derechos fundamentales de todas las personas. Entre las manifestaciones de estas Facultades Conservadoras encontramos las Acciones Constitucionales de Protección y Amparo de los artículos 20 y 21 de la Constitución Política y la Cautela de Garantías y el Amparo ante el Juez de Garantía, de los artículos 10 y 95 del Código Procesal Penal, que son en la práctica los principales mecanismos de protección de los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad y sus familiares ante decisiones arbitrarias referidas al traslado de Establecimiento Penitenciario.

Ahora bien, esta obligación de los Tribunales de Justicia de velar por el respeto de los derechos fundamentales se vuelve más fuerte cuando se trata de personas en situación de vulnerabilidad, como las privadas de libertad. Esta afirmación ha sido refrendada en diversas ocasiones por la Corte Interamericana

de Derechos Humanos, redefiniendo el concepto de “relaciones de sujeción especial” en el ámbito penitenciario¹⁴⁰, señalando que el Estado se encuentra en una posición especial de garante respecto de los derechos de aquellas personas privadas de libertad sujetas a su custodia, por lo que debe asumir una serie de responsabilidades particulares y tomar diversas iniciativas especiales para garantizar a los reclusos el goce efectivo de sus derechos no restringidos por la privación de libertad.¹⁴¹

En particular, el problema del acceso a la justicia de las personas privadas de libertad cuando sus derechos son vulnerados en virtud de decisiones de la Autoridad Penitenciaria referidas al traslado de Establecimientos Penitenciarios ha sido reconocido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, señalando que es deber del Estado el garantizar el control judicial efectivo de los traslados, lo que implicaría que “independientemente de cuál sea la autoridad competente para autorizar y/o ejecutar los traslados, dicha autoridad debe informar al juez o tribunal a cuyo cargo se encuentra la persona privada de libertad acerca del traslado, antes de realizarlo o inmediatamente después. La autoridad judicial competente deberá tener las facultades para revocar dicho traslado si considera que el mismo es ilegal, arbitrario o vulnera derechos fundamentales del interno”.¹⁴²

Por otra parte, consideramos que el oficio tiene problemas de redacción que facilitan la errónea interpretación por parte de los Tribunales inferiores y demás operadores de la Justicia, al señalar primeramente la obligación de los Tribunales

¹⁴⁰ “La naturaleza de la relación que se produce entre la Administración y los internos en los Establecimientos Penitenciarios se ha tratado de explicar bajo la forma de una relación de sujeción especial, como una forma de justificar la intervención en su esfera jurídica sin contar con una habilitación legal previa y la reserva legal en materia de derechos fundamentales”. CORDERO Q. Eduardo. Ob. Cit. Pág. 103.

Para un estudio más acabado de la relación de sujeción especial en el ámbito penitenciario, consultar: UNIDAD de Defensa Penitenciaria, Defensoría Penal Pública. “La doctrina de las relaciones de sujeción especial en la jurisprudencia” 2011. [En Línea] <<http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataBank/6021.pdf>> [Consulta: 20 Diciembre 2012]

¹⁴¹ CORTE Interamericana de Derechos Humanos. Caso “Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay”. Sentencia 02 de Septiembre 2004. Párr. 152 y 153. Caso “Montero Araguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela” Sentencia 05 Julio 2006. Párr. 87. Caso “Boyce y otros vs. Barbados” Sentencia 20 Noviembre 2007. Párr. 86.

¹⁴² COMISIÓN Interamericana de Derechos Humanos. Ob. Cit. 2011. Pág. 189

de abstenerse de intervenir y sólo luego apuntar que deben reservar dicha intervención para casos excepcionales, no haciendo referencia alguna a la obligación general de todo Tribunal de Justicia de velar por la efectiva protección de los derechos fundamentales de todas las personas, en virtud de sus Facultades Conservadoras, ni a la obligación particular de los Juzgados de Garantía de conocer y resolver todas las cuestiones que susciten durante la ejecución de la pena, en virtud de su rol de Juez de Ejecución.

Por último, este oficio puede ser interpretado también como un retroceso en el paulatino proceso de judicialización de la ejecución penal, puesto que pondría trabas para el efectivo control jurisdiccional necesario para una correcta ejecución de la pena.

VI.3. Necesaria reformulación.

Luego de revisado el sentido y alcance del oficio analizado, podemos afirmar que, si bien la intención de este era el aportar para una mejor coordinación entre los Tribunales de Justicia y Gendarmería de Chile en lo relacionado con el ingreso de imputados y condenados a Establecimientos Penitenciarios, ha traído en la práctica nefastas consecuencias para la efectiva protección de los derechos fundamentales de los privados de libertad y su núcleo social y familiar.

Por esta razón, consideramos necesaria una revisión del oficio referido por parte de la misma Corte Suprema, con el objeto de que el máximo Tribunal fije pautas claras sobre cómo deben proceder los Tribunales inferiores ante solicitudes o reclamos referidos al Traslado de personas privadas de libertad de un Establecimiento Penitenciario a otro y que se condiga con el mandato constitucional del artículo 76 –en relación a la ejecución de los juzgado-y la salvaguarda de los derechos fundamentales de los reclusos y sus familiares –en virtud de sus Facultades Conservadoras.

De esta forma, para una efectiva y mejor protección de los derechos de los internos y sus familias, la Corte debiese instruir a los Tribunales de Justicia para que ante solicitudes o reclamos de los internos, familiares o abogados, el Tribunal entre a resolver sobre el fondo del asunto, haciéndose cargo de su rol de garante de los derechos fundamentales de toda persona, dejando sin efecto el traslado ordenado (Traslado Activo) –cuando este ha sido utilizado ilegalmente como sanción encubierta o exista vulneración de otros derechos del interno o su familia- o bien, ordenando a Gendarmería de Chile que proceda al traslado solicitado por el interno (Traslado Pasivo), cuando este sea necesario para la salvaguarda de los derechos del recluso y su familia.

CONCLUSIONES.

Con el objeto de una mejor comprensión de los puntos expuestos en este trabajo, a continuación se realizará una breve recapitulación de los aspectos más importantes analizados.

En primer lugar, debemos recordar que dentro del concepto amplio de traslado -como acción en virtud de la cual una persona privada de libertad es llevada de un lugar a otro- caben las más diversas situaciones, y que para los efectos de este trabajo utilizamos un concepto estricto, definiéndolo como aquella decisión, sea de la autoridad administrativa o del órgano jurisdiccional, en virtud de la cual una persona que está cumpliendo efectivamente una pena privativa de libertad, deja el Establecimiento Penitenciario en que estaba cumpliendo su condena para continuar con su cumplimiento en uno distinto. Esta decisión puede ser con o sin el consentimiento del propio condenado que es trasladado.

Lo importante de este concepto es el carácter sostenido en el tiempo del traslado, por cuanto éste no se hace de manera provisional o para el cumplimiento de un trámite determinado, sino que se lleva a efecto con el objeto de que el condenado continúe cumpliendo su pena privativa de libertad en el nuevo Establecimiento Penal.

Ahora bien, luego de analizar en este trabajo la normativa nacional e internacional de relevancia para el traslado de condenados en Chile, arribamos a la conclusión de que en nuestro país existe una escasa preocupación normativa en lo referido a la protección de los derechos fundamentales de los privados de libertad, lo que se manifiesta, por una parte, en el rango normativo del principal cuerpo regulatorio de la ejecución de la pena privativa de libertad, siendo ésta una norma de carácter reglamentario, y, por otra, en el silencio de nuestra Carta

Magna respecto de la función de la pena privativa de libertad y los derechos de los reclusos.

Sin perjuicio de lo anterior, tanto las normas nacionales como internacionales le reconocen al interno un derecho a recibir visitas de familiares y cercanos, disponiendo que, para asegurar el goce efectivo de este derecho, los internos deben estar reclusos en un lugar cercano a la residencia de su núcleo familiar y social.

Por otro lado, en la normativa también existe una preocupación especial en lo referido a la aplicación de sanciones disciplinarias, para prevenir excesos de la Autoridad, disponiendo que todas las conductas que constituyan faltas y sus respectivas sanciones deben estar previamente establecidas. De esta forma, como el traslado en ningún caso se contempla como sanción posible en el artículo 81 del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, no podría ser utilizado por Gendarmería de Chile con el objeto de sancionar informalmente a los internos. Es más, el artículo 90 del REP dispone expresamente que “bajo ninguna circunstancia podrán aplicarse castigos diversos a los señalados”, mientras que el Principio IX.2 de los Principios y Buenas Prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas señala que “los traslados no se deberán practicar con la intención de castigar, reprimir o discriminar a las personas privadas de libertad, a sus familiares o representantes”.

Por su parte, tanto en la normativa nacional como internacional se reconoce que la pena privativa de libertad ha de perseguir una finalidad preventiva especial positiva, en el sentido de encontrarse orientada en su ejecución a lograr la resocialización del condenado, o al menos evitar, en la medida de lo posible, los efectos desocializadores de la vida en prisión. Esta finalidad de prevención especial positiva en la ejecución penal, además de encontrarse normativamente reconocida, es también aceptada por la mayoría de la Doctrina.

El afirmar que la finalidad perseguida en la etapa de ejecución penal es la resocialización no es, como se dijo al principio del trabajo, cuestión baladí, puesto

que traerá diversas consecuencias prácticas. En este sentido, el fin resocializador de la pena en la etapa de ejecución constituye, como se ya expuso, “la línea directriz que no solo determinará la organización y estructura del sistema de ejecución penal (elección y preparación del personal, instalaciones y estructura de los establecimientos penales) sino que fijarán los parámetros para el ejercicio del poder discrecional de la autoridad penitenciaria así como también para la interpretación de la normativa contenida en el reglamento y para el control judicial de las decisiones que se adopten durante la ejecución de la pena”.¹⁴³

Así, para juzgar la oportunidad o conveniencia de toda medida que se adopte, sea esta administrativa, legislativa o judicial, y que fuere a tener incidencia en la ejecución de la pena privativa de libertad, se debe considerar si efectivamente cumple con el objetivo resocializador de la pena. De esta forma, tanto el actuar de Gendarmería de Chile al determinar un Traslado Activo o denegar un Traslado Pasivo, como el de los Tribunales de Justicia al resolver solicitudes o reclamos al respecto, han de conformarse con esta finalidad declarada de la pena.

Luego de establecido lo anterior, afirmamos en este trabajo, que uno de los mayores problemas al momento de abordar el tema de los traslados de Establecimientos Penitenciarios, es el errado entendimiento que tienen los operadores del sistema respecto del traslado como una decisión que, al ser ejercida por la Autoridad Penitenciaria en virtud de una potestad discrecional otorgada por Ley, sería inocua en cuanto a sus efectos para el interno y su núcleo familiar o social. Se tiene la impresión de que las consecuencias perniciosas derivadas de un Traslado Activo o de la denegación de un Traslado Pasivo serían externalidades negativas inherentes a la condición de privación de libertad y que, por lo mismo, han de ser soportadas por los afectados.

En el Capítulo Cuarto lo que se hizo fue intentar derrumbar esta concepción de traslado inocuo, exponiendo las diversas afectaciones que dicha decisión

¹⁴³ SALINERO RATES, María Alicia. Ob. Cit. Pág. 46

puede traer consigo tanto para el interno como para su núcleo familiar y social, con el objeto de poner de relieve la cualidad vulneratoria de derechos que eventualmente puede revestir el traslado de un condenado.

Al respecto, se mencionaron los efectos dañosos que un traslado puede ocasionar en el proceso de resocialización del condenado cuando éste estaba participando en actividades educacionales o de capacitación laboral o cuando estaba “haciendo conducta” para postular a beneficios intrapenitenciarios.

Además, se expuso también el cómo la distancia entre el lugar de reclusión y la residencia del núcleo familiar y social afectan dicho proceso de resocialización, toda vez que un elemento fundamental de éste, es precisamente el contacto del interno con el mundo extramuros por medio de las visitas.

Junto con esto se hizo referencia asimismo al principio de intrascendencia de la pena del artículo 5.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y cómo éste no era respetado cuando, en virtud de una decisión de Gendarmería, el interno era alejado de su lugar de residencia, afectando indebidamente de esta forma los derechos de otras personas, sobre quienes la condena penal no debiese extender sus efectos.

Relacionado con lo anterior, se hizo hincapié en la obligación del Estado de entregar protección a la familia y propender a su fortalecimiento, reconocida tanto en el artículo primero de la Constitución Política como en diversos instrumentos internacionales. Atendida esta obligación, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos afirma que “el Estado debe adoptar todas aquellas medidas conducentes a asegurar que las personas privadas de libertad no sean recluidas en establecimientos ubicados a distancias extremadamente distantes de su comunidad, sus familiares y representantes legales” y que debe asimismo, “examinar los casos individuales de los presos y facilitar su traslado a un centro de privación de libertad cercano al lugar donde reside su familia”.¹⁴⁴

¹⁴⁴ COMISIÓN Interamericana de Derechos Humanos. Ob. Cit. Pág. 227

Por otra parte, en el Capítulo Quinto analizamos una situación compleja que se presenta reiteradamente en la realidad carcelaria chilena y que se refiere a la utilización del traslado como sanción informal por la supuesta comisión de faltas disciplinarias de los internos y como mecanismo de control dentro de los Establecimientos Penales.

Esta práctica, como se expuso en el presente trabajo, pugna con diversos principios constitucionales, siendo los más importantes el Principio de Legalidad y el Debido Proceso, por cuanto se impone de manera informal una sanción que no se encuentra contemplada como tal en el Ordenamiento Jurídico chileno y porque se impone sin seguirse un procedimiento sancionatorio formal en que se respeten las garantías mínimas del Debido Proceso, entre las que encontramos la Presunción de Inocencia y el Derecho de Defensa.

Por último, y luego de analizar el alcance y sentido del oficio 6562-2007 de la Corte Suprema, hemos llegado a la conclusión de que éste no debe ser interpretado como un obstáculo para que los Tribunales de Justicia intervengan ordenando o dejando sin efecto el traslado de un interno cuando pueda existir vulneración de derechos del recluso o su familia. Una interpretación distinta nos obligaría a concluir que dicho oficio (o el proceder de los Tribunales en base a él) adolecería de inconstitucionalidad.

Todo lo anterior es sin perjuicio de que consideramos necesaria una revisión del oficio por parte de la Corte Suprema, con el objeto de otorgar una mayor protección de los derechos de los internos y sus familias ante decisiones de Gendarmería referidas al traslado de Establecimiento Penitenciario.

En definitiva, y resumiendo, al término de este trabajo deben quedar claras dos cuestiones fundamentales.

Por una parte, que el traslado de un condenado de un Establecimiento Penitenciario a otro no es una decisión administrativa inocua para el interno o su familia y que no se trata tampoco de una decisión ajena al control jurisdiccional de

los Tribunales de Justicia, ya que el oficio CS 6562-2007 no es obstáculo alguno para que éstos intervengan cuando les sea requerido.

Y por otra, que en la realidad carcelaria chilena es una práctica común el que Gendarmería de Chile utilice su potestad legal para determinar el traslado de los internos, como un mecanismo de control dentro de los Establecimientos Penales y como sanción encubierta frente a actos de indisciplina. Esta práctica excede los límites del ejercicio del *ius puniendi* en un Estado de Derecho y pugna con principios básicos de nuestra Constitución Política, con la correlativa vulneración de derechos de los internos y sus familias, debiendo por lo mismo ser controlada por los Tribunales de Justicia, adoptando las medidas necesarias para el restablecimiento del Derecho.

BIBLIOGRAFÍA.

1. ALCALDE RODRIGUEZ, Enrique. “Aplicación de los principios de tipicidad, culpabilidad y proporcionalidad en la infracción administrativa” En: “Revista Actualidad Jurídica” N° 24 Julio 2011 Universidad del Desarrollo, Santiago 2011.
2. AROCENA, Gustavo Alberto. “La ejecución penitenciaria en el Ordenamiento Jurídico argentino. Principios Básicos.” En: CESANO, José Daniel y PICÓN, Fernando (Coord.) “Teoría y práctica de los derechos fundamentales en las prisiones” Buenos Aires, Argentina. Editorial B de F. 2010.
3. BACIGALUPO, Enrique. “Derecho Penal. Parte General” 2ª Edición Buenos Aires. Editorial Hammurabi SRL. 1999.
4. BERDUGO GOMEZ, Ignacio y ZÚÑIGA, Laura (Coord.) “Manual de Derecho Penitenciario” Editorial Colex. Universidad de Salamanca. 2001
5. BINDER, Alberto.
 - “El Proceso Penal. Programa para el mejoramiento de la administración de la Justicia” ILANUD, San José de Costa Rica. 1991.
 - “Introducción al Derecho Procesal Penal” 2ª Edición. Buenos Aires. Ed. Ad-Hoc. 1999.
6. BUSTOS RAMIREZ, Juan. “Obras Completas” Compilador: José Urquiza Olaechea. Lima. Editorial E.I.R.L. 2004. Tomo I.

7. CABRERA CABRERA, Pedro y RIOS MARTIN, Julián. “Mil voces presas” Universidad Pontificia de Comillas, España. 1998. [En Línea] <www.psicosocial.net/es/centro-de.../doc.../445-mil-voces-presas> [Consulta 20 Agosto 2012].
8. CARNELUTTI, Francesco. “El problema de la pena” Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1956.
9. CASTRO, Álvaro. CILLERO, Miguel. MERA, Jorge. “Derechos Fundamentales de los Privados de Libertad. Guía Práctica con los estándares internacionales en la materia.” Santiago. Editorial Universidad Diego Portales. 2010.
10. CENTRO de Derechos Humanos. Universidad Diego Portales. “Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile” 2012. [En Línea] <<http://www.derechoshumanos.udp.cl/wp-content/uploads/2012/11/7-politica-criminal-y-derechos-humanos.pdf>> [Consulta: 10 Noviembre 2012]
11. CESANO, José Daniel y PICÓN, Fernando (Coord.) “Teoría y práctica de los derechos fundamentales en las prisiones” Buenos Aires, Argentina. Editorial B de F. 2010
12. COMISIÓN Interamericana de Derechos Humanos. “Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas” 2011. [En Línea] <<http://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/PPL2011esp.pdf>> [Consulta: 03 Octubre 2012]
13. COMITÉ contra la Tortura. Comisión Provincial por la Memoria de La Plata. Argentina [En Línea]

<<http://www.comisionporlamemoria.org/comite/index.php>> [Consulta: 29 Septiembre]

- “El sistema de la crueldad III. Informe sobre violaciones a los Derechos Humanos en lugares de detención de la Provincia de Buenos Aires. 2006-2007”
- “El sistema de la crueldad IV. Informe Anual 2007-2008 sobre violaciones a los derechos humanos en los lugares de detención de la Provincia de Buenos Aires” 2009
- “El sistema de la crueldad V. Informe Anual 2010 sobre violaciones a los Derechos Humanos en lugares de detención de la Provincia de Buenos Aires.” 2010
- “El sistema de la crueldad VI. Informe Anual 2011 sobre violaciones a los Derechos Humanos en lugares de detención de la Provincia de Buenos Aires.” 2011

14. CORDERO Q. Eduardo. “El control jurisdiccional de la actividad de la administración penitenciaria” En: Centro de Documentación Defensoría Penal Pública. “Doctrina Procesal Penal 2009” Santiago, 2010

15. COYLE, Andrew. “La administración penitenciaria en el contexto de los derechos fundamentales. Manual para el personal penitenciario” Londres. Editado por el Centro Internacional de Estudios Penitenciarios. 2002.

16. CUMPLIDO CERECEDA, Francisco. “La Reforma Constitucional de 1989 al inciso 2° del artículo 5° de la Constitución: sentido y alcance de la reforma. Doctrina y Jurisprudencia” [En Línea]<
http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122003000100018&script=sci_arttext> [Consulta 14 Octubre 2012]

17. DEFENSORÍA del Pueblo de la Provincia de Santa Fe. "Informe sobre la situación penitenciaria en Santa Fe". Citado en EDWARDS, Carlos Enrique, "Régimen de ejecución de la pena privativa de la libertad" Editorial Astrea 1997, Buenos Aires

18. DEFENSORÍA del Pueblo de Colombia y Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. "Derechos de las personas privadas de libertad. Manual para su vigilancia y protección" Bogotá. Editorial Nueva Legislación Ltda. 2006

19. FOUCAULT, Michel. "Vigilar y Castigar. El nacimiento de la prisión" Siglo XXI Editores. 2ª Ed. 2008 Buenos Aires.

20. GENDARMERÍA de Chile. Subdirección Técnica, Departamento de Readaptación. "Documento Técnico de Clasificación y Segmentación Penitenciaria." 2010

21. GONZÁLEZ CANO, María Isabel. "La ejecución de la pena privativa de libertad" Valencia, 1994, Ed. Tirant Lo Blanch

22. HENRIQUEZ VIÑAS, Miriam Lorena, "Jerarquía de los Tratado de Derechos Humanos" [En línea] <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002008000100004&script=sci_arttext> [Consulta: 27 Septiembre 2012];

23. HERNANDEZ, Graciela *Et al.* "Proyecto Barañí. Criminalización y reclusión de mujeres gitanas." Cap. III. Madrid, 2000. [En Línea] <<http://web.jet.es/gea21/indice.htm>> [Consulta: 18 Octubre 2012]

24. HESKIA, Joanna. "Marco normativo" En: DEFENSORÍA Penal Pública y Corporación de estudios sociales y educación. "Estudio sobre el Derecho de Defensa en la ejecución de penas privativas de libertad y condiciones de privación de libertad en el nuevo proceso penal" Santiago. 2006
25. HORVITZ, María Inés y LOPEZ, Julián "Derecho Procesal Penal Chileno. Tomo I". Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 2003
26. INSTITUTO Nacional de Derechos Humanos "Informe Anual 2011. Situación de los Derechos Humanos en Chile." Santiago 2012.
27. MAPELLI CAFFARENA, Borja. "Ejecución y Proceso Penal" [En línea] <<http://new.pensamientopenal.com.ar/01052009/ejecucion01.pdf>> [Consulta: 25 Agosto 2012]
28. MARDONES V., Felipe y SALINERO RATES, María Alicia. "Traslados" Unidad de Defensa Penitenciaria. Defensoría Penal Pública. Documento de trabajo N° 2/2012. Santiago
29. MADINA, Marcelo A.
- "Hacia un mayor activismo judicial" En: COMITÉ contra la Tortura. Comisión Provincial por la Memoria. "El sistema de la crueldad IV. Informe Anual 2007-2008 sobre violaciones a los derechos humanos en los lugares de detención de la Provincia de Buenos Aires." 2009
 - "La posición de garante del Poder Judicial" En: COMITÉ contra la Tortura. Comisión Provincial por la Memoria. "El sistema de la crueldad VI. Informe Anual 2011 sobre violaciones a los Derechos Humanos en lugares de detención de la Provincia de Buenos Aires." 2011

30. MESTRIN, María Fernanda. “Los Traslados como maltrato y los silencios como permiso” En: COMITÉ contra la Tortura “El sistema de la crueldad IV. Informe Anual 2007-2008 sobre violaciones a los derechos humanos en los lugares de detención de la Provincia de Buenos Aires” 2009. La Plata, Argentina
31. NASH ROJAS, Claudio. “El Derecho a la Defensa ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: La figura del Defensor Interamericano y su implementación en Chile”. Defensoría Penal Pública. Departamento de Estudios. Informe en Derecho 01/2012. [En Línea] <http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataBank/6218-2.pdf> [Consulta: 05 Noviembre 2012]
32. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto “Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia” [En Línea] http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122005000100008&script=sci_arttext#nota3 [Consulta: 20 Noviembre 2012]
33. ORGANIZACIÓN Mundial de la Salud (OMS), “Prevención del suicidio en cárceles y prisiones” 2007 [En línea] http://www.who.int/mental_health/prevention/suicide/resource_jails_prisons_update_spanish.pdf [Consulta 7 Noviembre 2012]
34. ORGANIZACIÓN de Naciones Unidas. Relator Especial de Naciones Unidas sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Informe de la Misión a Paraguay. A/HRC/7/3/Add.3. 1º de octubre de 2007. [En Línea] <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G07/147/14/PDF/G0714714.pdf?OpenElement> [Consulta: 02 Noviembre 2012]

35. PFEFFER URQUIAGA, Emilio. "Los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos y su ubicación en el Orden Normativo interno". [En Línea] <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122003000100021&script=sci_arttext> [Consulta: 14 Octubre 2012];
36. POLO RIVERA, Jesús David *Et al.* "Realidades disparatadas del sistema carcelario. Un análisis de los traslados en Colombia" [En Línea] <http://aprendeonline.udea.edu.co/revistas/index.php/derypol/article/viewFile/11542/10616> [Consulta: 28 Agosto 2012]
37. POSADA SEGURA, Juan David. "Derechos Fundamentales relacionados con la privación de libertad en Colombia" En: CESANO, José Daniel y PICÓN, Fernando (Coord.) "Teoría y práctica de los derechos fundamentales en las prisiones" Buenos Aires, Argentina. Editorial B de F. 2010
38. REBOLLO PUIG, Manuel *Et al.* "Derecho Administrativo Sancionador" 1ª Edición. Valladolid. Editorial LEX NOVA. 2001
39. RENART GARCÍA, Felipe "El régimen disciplinario en el ordenamiento penitenciario español: Luces y sombras" Zaragoza. Publicaciones Universidad de Alicante. 2002
40. ROXIN, Claus. "Derecho Penal. Parte General" Tomo I. Madrid, Editorial Civitas, 1997.

41. SALINERO RATES, María Alicia. "Los Permisos de Salida en la Legislación Chilena". En: Centro de Documentación Defensoría Penal Pública. "Doctrina Procesal Penal 2007" Santiago, 2008.
42. SEGOVIA BERNABÉ, José Luis. "Consecuencias de la Prisionización" [En Línea]
<http://www.juntadeandalucia.es/averroes/iesalfonso_romero_barcojo/actividades_tic/trabajos_profesorado/unidades_didacticas/religion/carcel/fichero-00.pdf> [Consulta: 25 Agosto 2012]
43. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. "Derecho Penal. Parte General". Segunda Edición. Editorial Ediar. Buenos Aires.
44. ZAPICO BARBEITO, Mónica. "¿Un Derecho Fundamental a la Reinserción Social? Reflexiones acerca del artículo 2.5 de la CE." [En línea]
<http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/7505/1/AD_13_art_41.pdf>
[Consulta: 25 Agosto 2012]