Ejecución de la pena privativa de libertad: una mirada comparada

Colección **Documento de Trabajo nº 17**

Serie **Guías y manuales**
Área **Justicia**

EUROSOCIAL
PROGRAMA PARA LA COHESIÓN SOCIAL EN AMÉRICA LATINA

Ejecución de la pena privativa de libertad: una mirada comparada

Documento de Trabajo nº 17
Serie: Guías y Manuales
Área: Justicia

EUROsocIAL
PROGRAMA PARA LA COHESIÓN SOCIAL EN AMÉRICA LATINA

PROGRAMA FINANCIADO
POR LA UNIÓN EUROPEA

Edita:
Programa EUROsociAL
C/ Beatriz de Bobadilla, 18
28040 Madrid (España)
Tel.: +34 91 591 46 00
www.eurosocial-ii.eu

Con la colaboración:
Expertise France

EXPERTISE
FRANCE

Fundación Abogacía Española

Fundación
ABOGACÍA ESPAÑOLA

Justice Coopération Internationale (JCI)

Justice
Coopération
Internationale
Assistance Technique France

Defensoría Penal Pública de Chile

Defensoría
Sin defensa no hay Justicia

Ministerio Público de la Defensa, Argentina

Ministerio Público
de la Defensa

La presente publicación ha sido elaborada con la asistencia de la Unión Europea. El contenido de la misma es responsabilidad exclusiva de los autores y en ningún caso se debe considerar que refleja la opinión de la Unión Europea.

Edición no venal.

Realización gráfica:
Cyan, Proyectos Editoriales, S.A.

Madrid, diciembre 2014

BY NC SA

No se permite un uso comercial de la obra original ni de las posibles obras derivadas, la distribución de las cuales se debe hacer con una licencia igual a la que regula la obra original.

Autoría

Apartados "Introducción"

Borja Mapelli Caffarena
Experto Unión Europea Programa EUROsociAL II

Apartados "Estudio jurídico. Argentina"

Cristina Caamaño
Experta local argentina Programa EUROsociAL II

Equipo de la Defensoría General de la Nación Argentina:
- Jorge Perano
- Sebastián Van den Dooren

Con la colaboración de Javier Lancestremere, Soledad Hoyos, Natalia Correa y Martín Taubas

Apartados "Estudio jurídico. Chile"

Olga Espinoza
Experta local chilena Programa EUROsociAL II

Alicia Salinero
Experta local chilena Programa EUROsociAL II

Equipo de Defensoría Penal Pública de Chile:
- Alejandro Gómez Raby
- Rodrigo Lillo Vera
- Catalina Sadá Muñoz

Socios Operativos

Macarena Eseverri, *Fundación Abogacía Española*
Emilie Bousquier, *Justice Cooperation Internationale*

Índice

Prólogo 17

Capítulo 1. Concepto y ámbito del derecho penitenciario 23

1.1. Introducción 23
1.1.1. Concepto de Derecho penitenciario.....23
1.1.2. Naturaleza jurídica de la actividad penitenciaria 25
1.1.3. La relación norma-realidad en el ámbito penitenciario.....28
1.1.4. El principio de legalidad 29
1.1.4.1. Introducción 29
1.1.4.2. El principio de legalidad 30
1.1.5. Los fines de la ejecución de la pena privativa de libertad. Principio de resocialización.....35
1.1.6. El principio de normalización penitenciaria.....36
1.2. Estudio jurídico. Argentina 36
1.2.1. Concepto y Ámbito del Derecho Penitenciario (definiendo destinatarios –extensión temporal: ingreso hasta cumplimiento de la pena) 36
1.2.2. Principios informadores del sistema penitenciario. Especial referencia al principio de legalidad 43
1.2.2.1. Humanización de las penas 44
1.2.2.2. Reinserción social 45
1.2.2.3. Legalidad 46
1.2.3. Modelo de Reinserción 51
1.2.4. Perspectiva de género en la ejecución de la pena.....54
1.3. Estudio jurídico. Chile 56
1.3.1. Principios informadores del sistema penitenciario 56
1.3.1.1. Principio de reinserción.....56
1.3.1.2. Principio de legalidad.....58
1.3.1.3. Principio de proporcionalidad.....60
1.3.1.4. Principio de control jurisdiccional 60
1.3.2. La relación jurídica del recluso con el Estado 60

1.3.2.1. La relación de sujeción especial 60
1.3.2.2. Posición especial de garante del Estado 61
1.3.3. Perspectiva de género en el sistema penitenciario.....63

Capítulo 2. Derechos y deberes de los privados de libertad.....67

2.1. Introducción 67
2.1.1. Los Derechos Fundamentales en el marco de la ejecución de la pena privativa de libertad 67
2.1.2. La teoría de la relación especial de sujeción 69
2.1.3. El status jurídico del interno 72
2.1.4. Derechos de los internos 73
2.1.4.1. Derecho a la vida y la integridad 74
2.1.4.2. Derecho a la dignidad 78
2.1.4.3. Derecho a la intimidad.....79
2.1.5. Deberes de los internos.....80
2.1.5.1. Deber de permanencia 80
2.1.5.2. Deber de respetar las normas de régimen interior.....81
2.2. Estudio jurídico. Argentina 82
2.2.1. Status jurídico: derechos y obligaciones.....82
2.2.1.1. Derechos y deberes de los privados de libertad. Generalidades.....82
2.2.1.2. Registro 83
2.2.1.3. Obligaciones 84
2.2.2. Relación jurídica del condenado con el Estado: posición especial de garante del Estado.....85
2.2.3. Derechos y deberes de los privados de libertad.....93
2.2.3.1. Derechos..... 93
2.2.3.1.1. Derecho a la vida y a la integridad (prohibición de tortura y malos tratos, condiciones de habitabilidad).....93
2.2.3.1.2. Derecho a la Salud.....95
2.2.3.1.3. Derechos sociales. Derecho a la educación con un enfoque de condiciones indispensables para la reinserción social 100
2.2.3.1.4. Derecho de defensa 102
2.2.3.2. Deberes..... 105
2.3. Estudio jurídico. Chile 106
2.3.1. Estatuto jurídico de la persona privada de libertad 106
2.3.2. Derechos de los reclusos..... 107
2.3.2.1. Derecho a la vida y a la integridad..... 107
2.3.2.2. Derechos sociales 110
2.3.2.2.1. Derecho a la Salud..... 110

2.3.2.2.2. Derecho a la Educación 112
2.3.2.3. Derecho a defensa 114
2.3.2.4. Derecho a la dignidad 118
2.3.3. Deberes de los reclusos 121
2.3.3.1. Permanecer en el establecimiento penitenciario hasta su liberación 121
2.3.3.2. Acatar las normas de régimen interno 122
2.3.3.3. Observar una conducta correcta con los demás reclusos . 122
2.3.3.4. Conservar el orden y aseo de las dependencias que habitan y del establecimiento, y mantener una presentación personal aseada 122

Capítulo 3. Relación espacial y temporal de la pena de prisión 125

3.1. Introducción 125
3.1.1. El establecimiento penitenciario 126
3.1.1.1. Definición 126
3.1.1.2. Tipos de establecimientos. Los centros polivalentes 126
3.1.1.3. Módulos 127
3.1.1.4. Ubicación y capacidad 128
3.1.2. La celda 131
3.1.2.1. Principio celular y su fundamento 131
3.1.2.2. Condiciones mínimas de habitabilidad 133
3.1.3. La prisión desde una perspectiva dinámica 134
3.1.3.1. Ingreso 134
3.1.3.2. Liberación 137
3.1.3.3. Traslados 138
3.1.3.4. Conducción 139
3.1.4. El régimen penitenciario 139
3.1.4.1. La seguridad 139
3.1.4.1.1. Principios 141
3.1.4.1.2. Los objetivos de la seguridad 141
3.1.4.1.3. Técnicas de seguridad 142
3.1.4.2. Regímenes especiales por seguridad personal 143
3.2. Estudio jurídico. Argentina 144
3.2.1. Cumplimiento y ejecución 144
3.2.2. Establecimientos penitenciarios: características 144
3.2.3. Relación temporal y espacial (Régimen) 147
3.2.3.1. Ingreso 147
3.2.3.2. Liberación 148
3.2.3.3. Traslados y conducciones (todas las categorías de traslado, transporte y desplazamientos) 148
3.3. Estudio jurídico. Chile 153

3.3.1. Régimen penitenciario 153
3.3.1.1. Sistemas o regímenes penitenciarios 153
3.3.1.2. Tipos de sistemas o regímenes penitenciarios 154
3.3.2. Tipos de establecimientos penitenciarios..... 154
3.3.2.1. Definición legal..... 154
3.3.2.2. Tipos de establecimientos 155
3.3.3. Ingreso 157
3.3.4. Liberación..... 161
3.3.5. Traslados y conducciones..... 161
3.3.5.1. Cuestiones generales 161
3.3.5.2. Supuestos de traslados 162
3.3.6. Asistencia post penitenciaria..... 164
3.3.6.1. Estructuración en el contexto chileno 165
3.3.6.2. Eliminación de antecedentes prontuariales..... 168

Capítulo 4. El control judicial de la ejecución de la pena..... 171

4.1. Introducción 171
4.1.1. Los difíciles orígenes de la jurisdicción penitenciaria..... 171
4.1.2. Las relaciones entre el órgano sentenciador y la jurisdicción penitenciaria 175
4.1.3. Competencias de los jueces de vigilancia penitenciaria 176
4.1.3.1. Vías de acceso a la justicia..... 178
4.1.3.2. El alcance de las resoluciones de los jueces de vigilancia penitenciaria 179
4.1.4. La petición y la queja 180
4.2. Estudio jurídico. Argentina 181
4.2.1. Control judicial. Función y alcance de las instancias que intervienen..... 181
4.2.2. Vías de impugnación 187
4.2.2.1. Petición y Queja 187
4.2.2.2. Recursos judiciales 192
4.2.3. Habeas corpus correctivo..... 195
4.3. Estudio jurídico. Chile 198
4.3.1. El control judicial de la ejecución de la pena privativa de libertad..... 198
4.3.2. Juez de ejecución de penas..... 200
4.3.2.1. Competencia del juez responsable de la ejecución..... 201
4.3.2.2. Vías de acceso a la judicialización 203
4.3.2.3. Mecanismos de protección de competencia de los Tribunales superiores de justicia 204
4.3.2.3.1. Acción constitucional de amparo 204
4.3.2.3.2. Acción constitucional de protección 205
4.3.2.4. Mecanismos de protección ante el Juez de Garantía 205

4.3.2.4.1. Cautela de Garantías 205
4.3.2.4.2. Amparo del artículo 95 del Código Procesal Penal 207
4.3.2.4.3. Audiencia del artículo 466 del Código Procesal Penal 208
4.3.2.5. Mecanismos de protección de los derechos humanos en el sistema interamericano. 208
4.3.2.5.1. Comisión Interamericana de Derechos Humanos . . 209
4.3.2.5.2. Corte interamericana de derechos humanos . . . 209

Capítulo 5. El tratamiento penitenciario 211

5.1. Introducción 211
5.1.1. Tratamiento y resocialización 211
5.1.2. Tipos de tratamiento 215
5.1.3. La incidencia de la evolución del tratamiento en el modelo de ejecución. 216
5.1.4. Modalidades de terapias en prisión 217
5.1.5. De los sistemas progresivos a los programas individualizados de intervención. 219
5.2. Estudio jurídico. Argentina 220
5.2.1. Separación-Progresividad 220
5.2.1.1. Separación 220
5.2.1.2. Progresividad 221
5.2.2. Tratamiento: actividades dirigidas a la reinserción social 223
5.2.2.1. Unidades de terapia. Abordaje de acuerdo a las diferentes necesidades de los internos (agresores/ofensores sexuales, drogadependientes, etc.) 225
5.3. Estudio jurídico. Chile 228
5.3.1. Separación / segmentación (por género, edad y otros criterios) . . 229
5.3.1.1. Aspectos generales 229
5.3.1.2. Clasificación de la población penal 229
5.3.2. Tratamientos para la reinserción 234
5.3.2.1. Tratamiento por drogo-dependencia 234
5.3.2.2. Programa de Reinserción Social de Personas Condenadas por Infracción a La Ley Penal de los Centros Penitenciarios Colina I y II, Región Metropolitana y Centro Penitenciario de Valparaíso, Región de Valparaíso y Centro Penitenciario Concepción, Región del Biobío 235

Capítulo 6. Relaciones con el mundo exterior 237

6.1. Introducción 237

6.1.1. El fundamento de las relaciones con el mundo exterior 238
6.1.2. La presencia del penado en la sociedad libre durante la ejecución 238
6.1.2.1. Los permisos ordinarios 240
6.1.2.2. Los permisos extraordinarios 241
6.1.3. Las comunicaciones en el interior 242
6.1.3.1. Las visitas íntimas y de grupo familiar 244
6.1.3.2. Contactos con abogados 247
6.1.3.3. Contactos con representantes religiosos 248
6.1.3.4. Las comunicaciones empleando medios tecnológicos (comunicación telefónica o por internet) 248
6.1.3.5. Las comunicaciones epistolares 251
6.1.3.6. El acceso a los medios de comunicación 252
6.2. Estudio jurídico. Argentina 253
6.2.1. Relaciones familiares 253
6.2.2. Derecho de visita. Visita extraordinaria 254
6.2.2.1. Condiciones y trámites para las visitas 254
6.2.2.2. Visitas extraordinarias 256
6.2.3 Correspondencia y paquetes 257
6.2.4. Salidas transitorias 258
6.3. Estudio jurídico. Chile 263
6.3.1. Derecho a visitas 263
6.3.2. Normas y estándares internacionales 264
6.3.3. Normas nacionales 266
6.3.3.1. Regulación 266
6.3.3.2. Clasificación 266
6.3.3.3. Registro de visitas y sus pertenencias 267
6.3.3.4. Limitaciones y restricciones al derecho a visitas 267
6.3.3.5. Condiciones en las que deben llevarse a cabo las visitas (incluir vigilancia) 268
6.3.4. Permisos de salida 269
6.3.4.1. Normativa y estándares internacionales 270
6.3.4.2. Normativa nacional 271
6.3.4.2.1. Definición 271
6.3.4.2.2. Clasificación 271
6.3.4.2.2.1. Salida esporádica 271
6.3.4.2.2.2. Salida dominical 272
6.3.4.2.2.3. Salida de fin de semana 272
6.3.4.2.2.4. Salida controlada al medio libre 272
6.3.4.2.3. Requisitos 273
6.3.4.2.3.1. Salidas esporádicas 273
6.3.4.2.3.2. Salidas dominical, de fin de semana y controlada al medio libre 274
6.3.4.2.4. Procedimiento de concesión 276

6.3.4.2.5. Requisitos en caso de quebrantamiento y/o comisión de un nuevo delito. 276
6.3.4.2.6. Suspensión y revocación de un permiso de salida . 277
6.3.4.2.7. Consecuencias de la revocación o suspensión en la calificación de conducta (art. 112 inciso 2) 278
6.3.4.2.8. Recluso extranjero (art. 108) 279
6.3.4.2.9. Penas inferiores a un año (art. 115) 279

Capítulo 7. Beneficios penitenciarios que adelantan el momento de la excarcelación 281

7.1. Introducción 281
7.1.1. Concepto, fundamento y naturaleza jurídica de los beneficios penitenciarios 281
7.1.1.1. Concepto 281
7.1.1.2. Fundamento 282
7.1.1.3. Naturaleza jurídica. 283
7.1.1.4. La irretroactividad de las normas y los beneficios penitenciarios 284
7.1.2. La libertad condicional 290
7.1.3. Otros beneficios penitenciarios 291
7.1.3.1. El adelantamiento de la libertad condicional 292
7.1.3.2. El indulto particular. 292
7.1.4. Otras figuras afines 292
7.1.5. Los beneficios penitenciarios en la legislación internacional 293
7.2. Estudio jurídico. Argentina 294
7.2.1. Derechos del interno a egresar anticipadamente del establecimiento penitenciario. 294
7.2.1.1. Libertad condicional. Reincidencia 295
7.2.1.2. Libertad Asistida. 303
7.2.1.3. Suspensión de Juicio a prueba 307
7.2.1.4. Otros derechos de egresión 309
7.2.1.4.1. Prisión discontinua 309
7.2.1.4.2. Semidetención 310
7.2.1.4.3. Prisión diurna 310
7.2.1.4.4. Prisión nocturna. 310
7.2.1.4.5. Semilibertad 310
7.2.1.4.6. Prisión domiciliaria 311
7.2.1.4.7. Estímulo educativo 326
7.3. Estudio jurídico. Chile 330
7.3.1. Libertad condicional 330
7.3.1.1. Normativa Internacional 330

7.3.1.2. Normativa nacional 330
7.3.1.2.1. Regulación 330
7.3.1.2.2. Requisitos 331
7.3.1.2.3. Procedimiento de concesión 332
7.3.1.2.4. Efectos del otorgamiento de la libertad condicional 333
7.3.1.2.4. Obligaciones del condenado bajo libertad condicional 333
7.3.1.2.5. Causales de revocación de la libertad condicional 334
7.3.1.2.6. Relación entre rebaja de condena y libertad condicional 334
7.3.1.2.7. Condonación de una parte de la condena 335
7.3.2. Rebaja de condena 335
7.3.2.1. Normativa y estándares internacionales 335
7.3.2.2. Normativa Nacional 335
7.3.2.2.1. Definición 335
7.3.2.2.2. Beneficio 335
7.3.2.2.3. Comisión de Rebaja de Condena 341
7.3.2.2.4. Procedimiento de obtención del beneficio 344
7.3.2.2.5. Reducción de condena y libertos condicionales 346
7.3.2.2.6. Agravante especial 346
7.3.3. Penas mixtas 347
7.3.3.1. Normas nacionales 347
7.3.3.2. Requisitos 347
7.3.3.3. Decisión sobre la pena mixta 348
7.3.3.4. Régimen de la pena mixta. Incumplimiento y revocación 349

Capítulo 8. Trabajo penitenciario 351

8.1. Introducción 351
8.1.1. Trabajo y política penitenciaria 351
8.1.1.1. Los orígenes del trabajo en prisiones 352
8.1.1.2. Las dificultades del trabajo penitenciario 353
8.1.1.3. La laboralización del trabajo en prisiones 354
8.1.1.4. Naturaleza jurídica 355
8.1.2. Principios que conforman el trabajo 356
8.1.2.1. Alcance del derecho y el deber de trabajar de los internos . . . 360
8.1.2.2. Otros derechos de los internos-trabajadores 361
8.1.3 Diferentes tipos de trabajo en prisiones 361
8.1.3.1. El trabajo por cuenta ajena 361
8.1.3.2. Las prestaciones personales obligatorias 362
8.1.4. Organización del trabajo 362

8.1.5. Condiciones laborales del trabajador-interno. 363
8.1.5.1. Adjudicación de los puestos de trabajo. 363
8.1.5.2. Interrupción, suspensión y extinción de la relación laboral . . . 364
8.1.5.3. Los derechos políticos de los internos/trabajadores. 365
8.2. Estudio jurídico. Argentina 365
8.2.1 Principios que informan la actividad laboral penitenciaria y de formación profesional. 365
8.2.2. Reclusos autorizados a trabajar 371
8.2.3 Vacantes laborales y modalidades y organización de la actividad laboral penitenciaria. 372
8.2.3.1. Tipos de actividad laboral. 373
8.2.3.2. Jornada laboral y descanso 373
8.2.3.3. Procesos de selección. 374
8.2.3.4. Remuneraciones 374
8.2.4. Actividades de formación para el trabajo. 377
8.3. Estudio jurídico. Chile 379
8.3.1. Principios que informan la actividad laboral penitenciaria y de formación 382
8.3.2. Reclusos autorizados para trabajar. 384
8.3.3. Modalidades y organización de la actividad laboral penitenciaria 385
8.3.3.1. Formas de Actividad Laboral y Formación para el Trabajo 385
8.3.3.2. Jornada Laboral y Descanso. 386
8.3.3.3. Proceso de Selección 386
8.3.3.4. Remuneraciones 388

Capítulo 9. Otras prestaciones que debe brindar el servicio penitenciario. 391

9.1. Introducción 391
9.1.1. Privatización o externalización de los servicios 391
9.1.2. Sanidad 393
9.1.3. Educación. 396
9.1.4. Alimentación. 401
9.1.5. Higiene 402
9.1.6. Ropa 403
9.1.7. Cultura y deportes. 405
9.1.8. La asistencia post penitenciaria 406
9.2. Estudio jurídico. Argentina 407
9.2.1. Derecho de acceso a: 407
9.2.1.1. Asistencia médica 407
9.2.1.2. Acceso a educación y deportes. 420
9.2.1.3. Alimentación 427
9.2.1.4. Higiene personal y del lugar. Desinsectación y desinfección . . 430
9.2.1.5. Prendas de vestir, elementos que permitan habitabilidad 434

9.3. Estudio jurídico. Chile 435
9.3.1. Privatización o externalización de los servicios penitenciarios.... 435
9.3.1.1. Marco regulatorio 436
9.3.1.2. Áreas y servicios privatizados 436
9.3.1.3. Mantención de Infraestructura, equipamiento estándar y de seguridad (programación anual) 436
9.3.1.4. Servicio de Lavandería..... 436
9.3.1.5. Servicio Concesionado de Aseo y Control de Plagas..... 437
9.3.1.6. Servicio de alimentación y economato 437
9.3.1.7. Servicio de Salud 437
9.3.1.8. Servicio de Reinserción Social..... 438
9.3.1.9. Deberes del concesionario frente al Estado 441
9.3.1.10. Fiscalización del contrato de concesión 442
9.3.1.11. Coordinación con Gendarmería de Chile 442
9.3.2. Condiciones dignas de reclusión..... 442
9.3.2.1. Alojamiento..... 443
9.3.2.2. Instalaciones sanitarias 444
9.3.2.3. Vestimenta y ropa de cama 445
9.3.2.4. Higiene personal 446
9.3.2.5. Alimentación y agua potable..... 446
9.3.2.5.1. Alimentación..... 447
9.3.2.5.2. Agua potable 447
9.3.3. Actividades culturales y deportivas 449

Capítulo 10. Régimen disciplinario 451

10.1. Introducción..... 451
10.1.1. Principios generales..... 451
10.1.2. La participación de la población de los internos en las funciones disciplinarias..... 454
10.1.3. Las conductas infractoras..... 455
10.1.4. Las sanciones 456
10.1.5. Procedimiento 458
10.1.6. Las recompensas..... 459
10.1.7. Los medios coercitivos 461
10.2. Estudio jurídico. Argentina 462
10.2.1 Régimen disciplinario..... 462
10.2.2. Recompensas..... 469
10.2.3. Medidas coercitivas legales..... 473
10.2.4. El rol desplegado por el Ministerio Público de la Defensa en materia de sanciones..... 483
10.2.5. La experiencia de la Defensa Pública en el proceso penitenciario sancionador..... 486

10.3. Estudio jurídico. Chile 489
10.3.1. Régimen disciplinario 489
10.3.2. Principios que informan el régimen disciplinario 489
10.3.3. Infracciones disciplinarias 496
10.3.4. Sanciones disciplinarias 497
10.3.5. Procedimiento disciplinario. 502
10.3.6. Trascendencia de la cuestión disciplinaria en la concreta ejecución de la pena privativa de libertad 502

Capítulo 11. Los grupos especialmente vulnerables 505

1.1. Introducción 505
11.1.1. La mujer en la prisión 506
11.1.1.1. Alternativas a la separación. Modelos de cohabitación . . 509
11.1.1.2. Aspectos regimentales de los centros de mujeres. 510
11.1.1.3. La estancia de niños en prisión. 511
11.1.2. Los jóvenes en la prisión. 512
11.1.2.1. Problemas del internamiento de jóvenes 513
11.1.2.2. El régimen penitenciario en los establecimientos de jóvenes 514
11.1.3. Los extranjeros en prisión 515
11.1.3.1. El traslado de personas condenadas entre países 517
11.1.3.2. La expulsión del territorio nacional. Prisiones internacionales 518
11.1.3.3. Derechos específicos de los extranjeros en prisión 519
11.1.4. Otros grupos vulnerables. 519
11.1.4.1. Personas con discapacidad 519
11.1.4.2. Los ancianos en prisión 520
11.1.4.3. Minorías sexuales. Transexuales 521
11.1.4.4. Enfermos de SIDA y enfermedades contagiosas 522
11.2. Estudio jurídico. Argentina 522
11.2.1. Derechos relativos a grupos vulnerables (indígenas, extranjeros, migrantes, LGTBI, discapacitados mentales, mujeres y niños lactantes, personas portadores de VIH, ancianidad). 522
11.2.1.1. Extranjeros (expulsión administrativa y judicial, falta de redes) 523
11.2.1.2. Mujeres y niños lactantes 528
11.2.1.3. Indígenas 531
11.2.1.4. Enfermos psiquiátricos 534
11.2.1.5. LGTBI 540
11.2.1.6. Personas Portadoras de VIH 543
11.2.1.7. Ancianidad. 544
11.3. Estudio jurídico. Chile 546

11.3.1. Extranjeros. 546
11.3.1.1. Expulsión 547
11.3.1.1.1. Expulsión administrativa 547
11.3.1.1.2. Expulsión como pena sustitutiva. 550
11.3.1.2. Derechos a la asistencia consular 552
11.3.1.3. Derecho a acceder a un intérprete calificado y a la traducción 552
11.3.1.4. Derecho a buscar y recibir refugio. 553
11.3.1.5. Traslado internacional de condenados 554
11.3.2. Personas pertenecientes a pueblos indígenas 555
11.3.3. Personas con discapacidad física y discapacidad mental (enfermos siquiátricos y personas con medidas de seguridad privativas de la libertad) 560
11.3.3.1. Marco normativo y concepto penitenciario de discapacitado 560
11.3.3.2. Discapacidad física 562
11.3.3.3. Discapacidad Mental 562
11.3.4. Personas lesbianas, gays, bisexuales, transgénero e intersex (LGBTI) 565
11.3.5. Mujeres y niños lactantes. 567
11.3.6. Jóvenes. 571
11.3.7. VIH y enfermedades crónicas 573

Bibliografía 577

Prólogo

Es un gran orgullo para el Ministerio Público de la Defensa de Argentina y la Defensoría Penal Pública de Chile, presentar el libro *Ejecución de la pena privativa de libertad: una mirada comparada*. Este libro es el resultado del segundo proyecto que el componente sobre Acceso a la Justicia del Programa EUROsociAL II financia a las instituciones que representamos, con el objetivo de contribuir a fortalecer el trabajo que las/os Defensoras/es Públicas/os desarrollan día a día en la defensa de los derechos humanos de las personas en especial situación de vulnerabilidad.

Cabe mencionar que, en ocasión del *V Congreso de la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (AIDEF)* realizado en la ciudad de Fortaleza, República Federativa del Brasil, en agosto de 2012, el Programa EUROsociAL II —programa regional que apoya políticas públicas en América Latina dirigidas a mejorar los niveles de cohesión social y fortalecer las instituciones que las llevan a cabo, cuyos socios operativos son las entidades Justice Coopération Internationale (JCI) y Fundación del Consejo General de la Abogacía Española (Fundación Abogacía Española), bajo la coordinación de France Expertise Internationale (FEI))—, invitó a la AIDEF a participar de sus proyectos con el objetivo de ampliar la cobertura de los servicios prestados por la Defensa Pública en la atención a las persona privadas de su libertad. En tal sentido, se distinguieron dos líneas de actuación, una a nivel regional en el marco de AIDEF y que abarca a todas las instituciones de defensa pública que la integran, y otra a nivel nacional que compromete a las instituciones de forma individual o subgrupal.

En este contexto, durante el año 2013 se llevó adelante la primera fase de los proyectos con EUROsociAL II, donde las defensorías públicas argentina y chilena fuimos beneficiarias de la implementación de un sistema de videoconferencia como una herramienta más de comunicación entre las/os defensoras/es públicas/os y sus defendidas/os. De esta manera, se instalaron, de forma exitosa, dos aparatos de videoconferencia en dos centros de detención en cada uno de nuestros países.

Ahora bien, durante el año 2014 se desarrolló la segunda fase de los proyectos en cuya oportunidad, en lo que respecta nuevamente a Argentina y Chile de forma conjunta y en continuación con el objetivo general anterior de fortalecer a ambas Defensorías

Públicas en materia de privados de libertad, EUROsociAL II apoyó el diseño, la redacción y publicación de este libro dirigido a las/os defensoras/es públicas/os con el fin de mejorar sus estrategias defensivas en la atención de sus asistidos en la etapa de ejecución de la pena. Es así que este volumen, al ofrecer una revisión de la normativa nacional e internacional y de la bibliografía especializada sobre ejecución de la pena, pretende contribuir a ofrecer una mayor garantía por parte del servicio de la defensa pública en la etapa de la condena y lograr, en definitiva, un avance considerable en la cohesión social y en el acceso a la justicia de las personas privadas de libertad.

Para este fin EUROsociAL II financió la asistencia técnica de un equipo de trabajo conformado por cuatro expertos en ejecución de la pena, uno internacional y tres locales —uno por Argentina y dos por Chile—, quienes asumieron las siguientes responsabilidades: el primero de estos expertos, la redacción de los principios rectores del derecho penitenciario en base a un marco teórico, conceptual y normativo en el ámbito internacional y, los segundos, sumando aportes de la realidad teórica, normativa y jurisprudencial nacionales.

De esta manera, el programa EUROsociAL contrató, como consultor internacional, al prestigioso catedrático de derecho penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Huelva y Sevilla, profesor Borja Mapelli Caffarena, como experta local argentina a la profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Dra. Cristina Caamaño, y como expertas locales chilenas a la profesora e investigadora de la Universidad de Chile, Dra. Olga Espinoza y a la profesora y magister en derecho penitenciario Alicia Salinero. A su vez, la redacción estuvo supervisada por el defensor público argentino, Dr. Jorge Perano y por los profesionales del Departamento de Estudios de la Defensoría de Chile, Rodrigo Lillo y Alejandro Gómez, quienes llevaron a cabo el apoyo, seguimiento y visto bueno del equipo de trabajo mencionado. A su vez, cabe mencionar que el proyecto estuvo coordinado por la Lic. Catalina Sadá y el Dr. Sebastián Van Den Dooren, por las Defensorías de Chile y Argentina, respectivamente.

En cuanto a la estructura del libro, éste se desarrolla en 11 capítulos, cada uno de los cuales se subdivide en tres apartados. Así, se inician con una primera parte introductoria sobre los aspectos doctrinarios y normativos más relevantes del tema a tratar, redactada por el profesor Mapelli Caffarena, para luego dar paso a una segunda parte específica del derecho penitenciario argentino desarrollada por la Dra. Caamaño y, finalmente, una tercera parte en relación con el ordenamiento jurídico chileno, a cargo de las investigadoras Espinoza y Salinero.

El primer capítulo trata el concepto y ámbito del derecho penitenciario, donde se desarrollan los principios básicos que rigen el sistema de ejecución de la pena y la relación de las personas privadas de libertad con el Estado.

El segundo capítulo se refiere a los derechos y deberes de las personas privadas de libertad, tema fundamental para los defensores de ejecución penal que deben enfrentar una cultura institucional que tiende a olvidar los primeros y a resaltar los segundos. En el capítulo tercero discurre sobre la relación espacial y temporal de la pena de prisión, lo que es particularmente importante para una adecuada comprensión de los recintos penitenciarios y sus regímenes en los que se encuentran recluidas las personas condenadas y ejercen su labor los defensores de ejecución penal.

El capítulo cuarto expone el tema del control judicial de la ejecución de la pena, explicando desde los difíciles orígenes de la jurisdicción penitenciarias hasta las particularidades que presentan los ordenamientos jurídicos nacionales de Argentina y Chile, mostrando especialmente las herramientas con que cuentan los defensores de ejecución penal para hacer realidad el acceso a la justicia de las personas privadas de libertad. En el caso de Chile, particularmente se trata de las falencias en esta materia y de las escasas alternativas que presenta el sistema judicial para controlar la labor penitenciaria en la etapa de ejecución de la pena. Lo que constituye sin duda, una materia pendiente de su sistema penal.

El capítulo quinto, bajo el epígrafe de "el tratamiento penitenciario", nos ilustra sobre la forma y características que asume la intervención de la administración penitenciaria para lograr los objetivos de resocialización proclamados en los respectivos ordenamientos jurídicos, aspectos los que deben ser correctamente comprendidos por los defensores de ejecución penal en tanto se pueden generar alternativas beneficiosas para las personas privadas de libertad, y porque constituyen obligaciones para la administración penitenciaria y del Estado.

En el capítulo sexto el trabajo realiza el análisis de las relaciones con el mundo exterior, elemento crucial del derecho y tratamiento penitenciario, que abarca cuestiones como los permisos, visitas, comunicaciones y el contacto con el abogado, entre otros aspectos de radical importancia para el bienestar de los reclusos y su proceso de resocialización.

El capítulo séptimo, en adecuada consecuencia con el anterior, desarrolla los beneficios penitenciarios que adelantan el momento de la excarcelación, en los que destacan la libertad condicional y otros institutos que se constituyen, como se comprenderá, en demandas constantes de las personas privadas de libertad y en relación a los cuales se desarrolla parte importante de la labor de la defensa penitenciaria.

El siguiente capítulo está dedicado a un aspecto fundamental de la intervención humanizadora y de resocialización dentro del tratamiento y régimen de las personas privadas de libertad cual es el trabajo penitenciario, abarcando los principios que lo informan, las formas de actividad laboral y formación para el trabajo, la jornada y el

descanso laboral, las remuneraciones, etc. La asesoría jurídica que a este respecto puede prestar un defensor de ejecución penal a las personas condenadas resulta, como se comprenderá, fundamental.

El capítulo noveno se extiende sobre otras prestaciones que debe brindar el servicio penitenciario, que dicen relación con las condiciones de vida digna que corresponde se asegure a las personas privadas de libertad y otras actividades a las que pueden acceder las personas privadas de libertad. Se trata de aspectos muy sensibles que deben implicar una preocupación especial para los defensores de ejecución penal pues se traducen en requerimientos permanentes y, muchas veces, urgentes de parte de condenadas y condenados.

El capítulo 10 trata sobre el régimen disciplinario que es otra de las cuestiones propiamente penitenciaras más relevantes para la defensa de personas condenadas. La imposición de sanciones administrativas por eventuales infracciones que se cometan dentro de las cárceles por las personas internas, no sólo es importante porque en concreto se agrava la situación particular de la persona condenada, sino porque los sistemas penitenciarios vinculan los aspectos conductuales con el acceso a los beneficios penitenciarios y las oportunidades de resocialización, lo que obliga a los defensores a estar permanentemente atentos a que se cumplan los principios del debido proceso, proporcionalidad e imparcialidad de tan difícil materialización en los contextos institucionales de que estamos hablando.

El último capítulo aborda el complejo tema de los grupos especialmente vulnerables como, dependiendo de la regulación de los respectivos ordenamientos jurídicos, los extranjeros, indígenas, personas con discapacidad física y discapacidad mental, LGTBI, etc. Estos grupos conllevan desafíos importantes para la administración penitenciaria y, en especial, para los defensores de ejecución penal que en razón del principio de igualdad deben velar para que el trato y consideración a estas personas sea la más adecuada a su condición.

Como se puede observar, este trabajo pretende ser una valiosa fuente de información y herramienta para los defensores de ejecución penal, en tanto que ha plasmado los aspectos más relevantes para su labor diaria en la defensa de los derechos de las personas condenadas a penas privativas de su libertad.

Por último, agradecemos a los expertos y coordinadores nacionales, al profesor Mapelli Caffarena y a las doctoras Caamaño, Espinoza y Salinero, y a todas las personas que colaboraron con la redacción de este libro, como así también, de forma especial, al Programa EUROsociAL II por su compromiso con la defensa pública de la región y por el apoyo inestimable que lleva adelante para fortalecer su lucha por la protección de los derecho humanos de las personas más desfavorecidas. Este trabajo nos sitúa en el camino que tanto, el ordenamiento jurídico, las personas

condenadas y un Estado de Derecho, deben recorrer para materializar los conceptos de acceso a la justicia, dignidad y derechos fundamentales de quienes están privados de libertad.

Stella Maris Martínez
Defensora General de la Nación Argentina

Andrés Mahnke M.
Defensor Nacional de la Defensoría Penal Pública de Chile

Capítulo 1. Concepto y ámbito del derecho penitenciario

1.1. Introducción

1.1.1. Concepto de Derecho penitenciario

I. La conocida desatención de la cuestión penitenciaria necesariamente da lugar, en primer lugar, a que no se haya debatido suficientemente sobre el concepto y los contenidos de lo que llamamos penitenciario y con qué criterios debemos resolver ambas cuestiones. Y no son estas decisiones accesorias, sino que inciden en la concreción de los principios que operan y las competencias de los órganos y, consiguientemente, en la seguridad jurídica. Pero, las conclusiones de una reflexión jurídico-sistemática no coinciden con la voluntad del legislador, como tampoco un análisis de derecho comparado conduce a mayores coincidencias. La propia evolución de la pena privativa de libertad y su cada vez mayor complejidad ejecutiva añaden una dificultad a las labores definitorias de esta materia. Además en las últimas décadas se observa un efecto de penitenciarización del sistema de penas que influye también en el desorden conceptual en el que se mueven. La incorporación al universo penológico de los distintos países de nuevas penas de diseño que, en forma más o menos limitada, afectan también a la libertad ambulatoria del penado, unido a la carencia de recursos ejecutivos para las mismas o a la confianza de seguridad que ofrece los servicios de prisiones convencionales ha provocado que la ejecución de muchas de esas nuevas sanciones se haya penitenciarizado y transferido a esos servicios. Por todo ello, podemos hablar, al respecto, de una rica variedad de matices, que con esfuerzo se puede reconducir a un concepto amplio y otro estricto de lo penitenciario, según que se entienda que comprende o no toda la regulación de la ejecución del total de las penas de un sistema penal.

II. Pero las dificultades de una labor definitoria no atañen solo a la complejidad del ámbito de lo penitenciario, sino también a que bajo el concepto Derecho penitenciario es preciso incluir un considerable número de normas no jurídicas que van más allá del simple desarrollo de un cuerpo legal (Ej. Circulares, instrucciones, norma de

régimen interior). Por si solo el Derecho penitenciario no podría pretender regular todos los aspectos de la vida de la prisión —trabajo, educación, sanidad e higiene, alimentación, etc.—, que se comporta como una microsociedad, en donde además, al tratarse de una sociedad fuertemente intervenida, en la que se invierte en gran medida la relación entre lo prohibido y lo permitido —aquello que no está permitido se encuentra prohibido—, es necesario partir de un modelo de vida normativizado. En consecuencia tendríamos que diferenciar entre Derecho penitenciario y actividad penitenciaria, que en ocasiones se regula por normas que no podría ser englobada dentro de la expresión derecho.

III. Siguiendo la tradición más reciente nos inclinamos por incluir dentro del Derecho penitenciario, exclusivamente, las cuestiones relacionadas con la ejecución de las penas y medidas privativas de libertad y de la detención. No obstante, también surgen dudas respecto del alcance de lo que llamamos la fase de ejecución de las penas en general. En concreto se plantea dónde termina la competencia jurisdiccional de hacer ejecutar lo juzgado y donde comienza la ejecución propiamente dicha. Aunque todas las penas permiten diferenciar entre su ejecución y su cumplimiento es, sin embargo, en la pena privativa de libertad donde ese matiz es más intenso y también más necesario de tener en cuenta. La prisión por su naturaleza permite introducir durante su cumplimiento modificaciones que la hacen irreconocible y no por ello deja de ejecutarse la pena. La jurisdicción penitenciaria, lejos de aclarar la cuestión, ha introducido un nuevo elemento de confusión, pues en tanto la actividad ejecutiva era competencia exclusiva de la administración los límites podían establecerse cómodamente a partir de las competencias otorgadas por el legislador a los jueces sentenciadores. Siendo también un juez quien decide sobre aspectos ejecutivos los límites no resultan tan claros y, en todo caso, desde una perspectiva material pierde parte de su justificación la referida distinción entre hacer ejecutar y ejecutar.

En particular se ha suscitado un debate sobre las cuestiones relacionadas con la liquidación de condenas, entendiéndose por tal la actividad procesal por medio de la cual se resta de la pena impuesta en la sentencia —pena nominal—, los indultos, las medida cautelares y los beneficios previos a la ejecución, que puedan eventualmente concurrir, y a resultas de lo cual queda una magnitud —pena real— que deberá ser ejecutada. El debate, ciertamente, no pretende resolver aspectos conceptuales, sino de competencia, pero, necesariamente, obliga a plantearse aquellos. Independientemente de cual sea la voluntad del legislador y del órgano que deba asumir esa competencia, es decir, a partir de consideraciones sistemáticas y, sobretodo, político criminales, la medición después de que se haya recogido los topes máximos de la pena nominal impuesta, debe plantearse como una actividad ejecutiva abierta dentro de un proceso general de individualización en el que las consideraciones preventivo especiales se hacen de un espacio propio. Es también recomendable hacer disminuir las diferencias entre la pena nominal, aquella que se impone en el fallo condenatorio firme y la pena real materialmente cumplida. Esta

disminución otorgará al sistema penal en su conjunto mayores dosis de realidad y de respeto a los principios que lo inspiran, especialmente a los de legalidad y seguridad jurídica. Un modelo eficaz para alcanzar esa meta es permitir que en la jurisdicción penitenciaria se integre la competencia de establecer la pena que va a ejecutarse con posterioridad.

1.1.2. Naturaleza jurídica de la actividad penitenciaria

El afianzamiento del espacio penitenciario dentro del sistema penal, haciéndose progresivamente meritorio de un lugar propio pese a las resistencias de la doctrina clásica, ha suscitado la cuestión de su naturaleza jurídica. Hoy resulta incuestionable que el Derecho penitenciario forma parte del conjunto del orden jurídico y, además, se trata de una rama del derecho público en la medida que abarca parte de las relaciones del Estado con los ciudadanos. Pero más allá de esto no hay un acuerdo pacífico sobre la rama del ordenamiento público en la que se inserta. Durante la ejecución se produce un fenómeno de injerencias de otras actividades públicas que aparecen y desaparecen en relación con determinados aspectos penitenciarios (p.ej. educación, trabajo, sanidad) y que reclaman de una regulación normativa diversa y dispersa. Pero las dificultades surgen también de la propia contextura híbrida del Derecho penitenciario en donde es fácil encontrar normas sustantivas que reconocen derechos subjetivos de los internos, normas adjetivas con las condiciones y presupuestos de legitimidad frente a la jurisdicción penitenciaria y, finalmente, normas administrativas. Claudicar a favor de una solución ecléctica invocando su naturaleza hibrida no es sino una prueba más de las altas dosis de autonomía que reclama la actividad penitenciaria.

La decisión sobre la naturaleza del Derecho penitenciario tiene una considerable relevancia que afecta, en primer lugar, a los principios que deben informarlo, entre los que destaca el principio de legalidad y, la consiguiente prohibición de irretroactividad que se deriva de él.

1) Tesis administrativistas

La doctrina alemana defiende mayoritariamente el carácter administrativo de la actividad penitenciaria. Ciertamente que concurre aquí un fenómeno característico de los ámbitos de la administración y es que entre la norma superior, en este caso la ley penitenciaria, y los destinatarios se interpone la administración, que no solo califica a las relaciones jurídicas que de ellas nacen, sino que asume la competencia de crear normas. Desde esta óptica se considera que el Derecho penitenciario se encuentra orientado a la teoría general del Derecho administrativo especialmente en lo relativo a los principios y la teoría general del acto administrativo. Esta orientación sería de tal intensidad que el Derecho penitenciario se desliga de la naturaleza penal —aun regulando un aspecto del sistema penal— para convertirse en un Derecho administrativo especial. Solo de esta forma, entienden estos autores, puede explicarse el alto grado de discrecionalidad de que goza la administración penitenciaria en la interpretación y desarrollo de estas

normas y la escasa concreción de muchos de sus conceptos. Es el Derecho administrativo y no el Derecho penal el que se tiene en cuenta para valorar los actos penitenciarios. Principios administrativos como la teoría del acto administrativo más favorable o el principio de autotutela son empleados frecuentemente para desarrollar e interpretar las normas penitenciarias. Sin embargo, la ley penitenciaria no es administrativa, porque tampoco puede considerarse un acto administrativo la pena de prisión.

2) Las normas penitenciarias como normas procesales

El punto de encuentro entre lo penitenciario y lo procesal es la resolución judicial, que otorgaría a aquel la naturaleza jurídica de este y la competencia del orden jurisdiccional de ejecutar lo juzgado como parte de un sistema penal inescindible. La concepción procesalista de lo penitenciario era una opción vehementemente defendida desde las tesis retributivas. Lo ejecutivo, según estas tesis, no añade nada a la decisión temporal objetiva expresada por el juez en la sentencia. Los defensores de las tesis procesalistas justificaron, que para la ejecución, como para el proceso, la garantía de legalidad se limita por el principio de *tempus regit actum* y a tenor del mismo la norma penitenciara perdiera la cualidad de la irretroactividad.

3) Hacia una concepción integradora del Derecho penitenciario

Rechazadas las tesis de la administrativización y procesalistas del Derecho penitenciario, porque unas y otras terminan provocando un inaceptable debilitamiento de las garantías del Estado de Derecho, precisamente, allí donde su vigencia resulta más legitimada por los riesgos de lesión de los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad, corresponde ahora plantearnos de qué manera, entonces, se vincula este con el Derecho penal en su globalidad. Expuesto a modo de pregunta: ¿Es el Derecho penitenciario un conjunto de normas penales referidas específicamente a la ejecución de una pena concreta o, por el contrario nos encontramos ante una rama jurídica con autonomía, aun presentándose dentro del sistema penal? La cuestión hoy ha dejado de suscitar el interés y apasionamiento con que se llevó la polémica doctrinal en otro tiempo y probablemente la razón está en un reconocimiento general de que la materia regulada por el Derecho penitenciario justifica, por su complejidad e importancia, un tratamiento autónomo y no solo en lo jurídico, sino también en lo científico.

La evolución histórico jurídica del Derecho penitenciario se ha completado y hoy se le reconoce comúnmente un ámbito funcional bien delimitado, goza de unas normas programáticas y de desarrollo sometidas a principios de rango constitucional; de una jurisdicción propia, con sus órganos, sus procedimientos y recursos; y de una política penitenciaria fundada en la investigación empírica de la Ciencia penitenciaria. Con este marco de referencia podemos hablar hoy de una autonomía relativa. La relación dinámica entre los derechos penal, procesal y penitenciario se traduce en las siguientes exigencias para la fase de ejecución de las penas:

- la fase ejecutiva debe conservar el carácter punitivo de la pena de prisión establecido por el Derecho penal y que consiste en la privación de libertad (sentido de la pena).
- la cuantía de la pena está sometida a las medidas que determina el Derecho penal. La ejecución no puede sobrepasar el límite temporal expuesto en una sentencia firme de acuerdo con un procedimiento legal (fallo condenatorio).
- el sistema o sistemas de ejecución que se empleen no serán más gravosos que lo exigido por la propia naturaleza de la pena. En este sentido, ciertas medidas represivas utilizadas en las prisiones —celdas de castigo— pueden entrar en contradicción con los fundamentos del Derecho penitenciario (ley penitenciaria).

Esta vinculación del Derecho penitenciario al sistema penal no le hace perder su autonomía sino que en la propia coherencia interna del sistema le enriquece. Así lo han visto también muchas constituciones y normas internacionales, como es el caso de las Normas Penitenciarias Europeas (2006) 2. que destacan entre sus principios generales que "*las personas privadas de libertad conservan todos aquellos derechos que por ley no les hayan sido retirados por la decisión que los condena a una pena de prisión o a una detención preventiva*".

La circunstancia de la diversidad normativa del Derecho penitenciario en donde coexisten normas penales, procesales, administrativas y penitenciarias, en sentido estricto, no es un argumento suficiente para negarle a este su autonomía dentro del conjunto del sistema penal. De la misma manera que el sistema penal proyecta sus garantías sobre el ámbito ejecutivo de la pena desde el Derecho penitenciario se enriquece aquel suministrando una metas resocializadoras que le son propias. Tampoco debe extrañarnos que ciertas garantías, que, en el Derecho penal, se aplican con rigor —tal como puede ser el principio de tipicidad—, por la peculiaridad de la norma penitenciaria deban reformularse con contenidos distintos.

La integración de la cuestión penitenciaria dentro del sistema penal fue descrita plásticamente como una de las tres columnas que sirven de sustento al mismo. La primera de estas columnas estaría representada por el derecho penal material que amenaza con el castigo a través de la norma. La segunda por el Derecho procesal y el juez encargado de cumplir la amenaza penal. Y, finalmente, el Derecho penitenciario cuya misión es la de ejecutar materialmente el castigo impuesto por el juez. En cierta forma, cada una de esas instancias del sistema está ocupada por cada uno de los poderes que emanan de la división tripartita del Estado. El ámbito penitenciario lo está por el poder ejecutivo, el procesal por el judicial, y el penal material por el legislativo. Asimismo esta visión tripartita del sistema penal ha sido empleada para explicar de qué forma se combinan y estructuran los fines preventivos general y especial.

El interés de esta visión del sistema penal no va más allá de sus ventajas para una comprensión lógica del mismo. Por lo demás presenta grave objeciones, entre otras que se

trata de una exposición incompleta ya que el sistema penal se sustenta también en el poder policial que es la primera instancia selectiva de la criminalidad.

1.1.3. La relación norma-realidad en el ámbito penitenciario

La cuestión penitenciaria presenta como una de sus características propias el hecho de ser objeto de investigación tanto de las ciencias jurídicas (Derecho penal, Derecho procesal o Derecho administrativo) como de las ciencias sociales y humanas (Criminología, Sicología, Sociología o Pedagogía). El estudio de la ejecución de la pena de prisión se enriquece igualmente de las reflexiones jurídico-dogmáticas y político criminales, como de las investigaciones empíricas, y ambas perspectivas constituyen el fundamento imprescindible para el análisis científico del tema penitenciario. Una consideración incompleta no permite valorar la dimensión real de la pena privativa de libertad, por eso la aportación del conocimiento empírico nos ayuda hoy a saber entre otras muchas cosas que la reclusión es una pequeña parte del conjunto de sistemas de sanciones por medio de los cuales la sociedad conforma la conducta de sus miembros. La información empírica es también un instrumento imprescindible para conocer las posibilidades fácticas, que el contexto real de las prisiones ofrece, para el desarrollo de los objetivos marcados por el Derecho. De la misma manera se puede afirmar que las ciencias experimentales no podrán analizar críticamente un resultado sin saber antes que se pretende por medio de la prisión, información que solo puede suministrar el análisis jurídico.

No queremos subrayar tan solo la posibilidad del conocimiento jurídico y empírico del problema de las prisiones, sino la necesidad de que exista una interrelación entre ambos conocimientos. Y si lo primero es frecuente, lo segundo resulta un hecho excepcional e insólito. No es exagerado afirmar que la investigación penitenciaria solo ha sido objeto de estudio para los juristas y solo en la medida que era la consecuencia jurídica del delito. Ciertamente en los últimos años se observa un mayor interés por el tema dentro de las líneas de investigación abiertas por los científicos de la conducta humana. No obstante, el intercambio de información es muy escaso y, por sorprendente que resulte, los discursos del ser y el deber ser en el tema de las prisiones marchan en líneas paralelas. Aun es más extraño que los procesos de decisiones judiciales sean influidos por los conocimientos empíricos. Este fenómeno de exclusivismo científico entre ramas del saber que tienen un mismo objeto de investigación favorece la visión aislada, fragmentada y unidimensional de la prisión. La idea de la *gesamte strafrechtswissenschaft* de v. Liszt únicamente llegó a prosperar bajo la hegemonía del Derecho penal positivo. Cuando las ciencias de la conducta logran liberarse y iniciar un análisis crítico de las instituciones penales se originó una fisura que aún no ha encontrado solución.

La desatención de los conocimientos empíricos del mundo de la prisión origina que las políticas penitenciarias se diseñen de espaldas a los fines preventivos del sistema y se sometan a las exigencias de las políticas de orden público. Por ello las prisiones en

sus diseños actuales y los regímenes que se aplican en su interior no aspiran a otros objetivo que no sea el de recuperar la vieja idea de la cárcel custodial.

1.1.4. El principio de legalidad

1.1.4.1. Introducción

Como sucede en todo sistema jurídico también en el penitenciario nos encontramos con un conjunto de principios relacionados entre sí que permiten una configuración armónica de la ejecución de la pena de prisión. A su vez, dichos principios son un instrumento imprescindible para una valoración crítica de la cuestión penitenciaria. Guardan entre si una relación de complementariedad, de forma que no son imaginables los unos sin los otros. Así, por ejemplo, un sistema penitenciario judicializado solo es exigible y, a su vez, imaginable cuando la ejecución de la pena se orienta hacia los postulados resocializadores. Todos ellos son además principios que se corresponden con la configuración del Estado como un Estado social y democrático de Derecho.

Dentro de los principios que inspiran el modelo de ejecución penitenciaria es posible distinguir dos grandes grupos. Por una parte, aquellos que son también compartidos por otras ramas del sistema penal en la medida en que el Derecho penitenciario forma parte integrada del mismo —intervención mínima, proporcionalidad o humanidad— y, por otra, los principios que le son propios y exclusivos o bien, que siendo compartidos, como sucede con la legalidad, presentan para el Derecho penal un alcance distinto. En este apartado vamos a estudiar solo estos últimos y dentro de ellos los que tienen un mayor alcance o incidencia en la ejecución.

El sistema penitenciario refleja del mismo modo que el sistema penal una tensión dialéctica permanente entre el garantismo y la defensa social o, expresado en términos mas actuales, las exigencias de prevención general, entre las necesidades de los individuos que sufren la pena y las de la colectividad, expresadas estas últimas en la realidad del castigo. Es la tensión que se dibuja en cualquier texto legal penitenciario cuando —de una u otra forma— señalan a la par como fines de las instituciones penitenciarias la reinserción y la custodia. La búsqueda de un punto de equilibrio entre ambos extremos es una exigencia del Estado de Derecho que no puede ignorar, por una parte, la sanción como un fenómeno socio-jurídico ineludible y, por otra, la condición de persona del condenado que no puede ser sometida a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (Artículo 5. DUDH). Los sistemas penitenciarios de corte autoritario se han caracterizado tradicionalmente por acentuar los aspectos subjetivos de la ejecución en favor de los fines defensistas. Criterios como los de peligrosidad, reincidencia, habitualidad criminal o moralidad han servido dentro de ellos para fijar las condiciones regimentales más autoritarias. Por el contrario, el derecho liberal propugnó un sistema de ejecución penal sometido a las garantías del Estado de Derecho. No se trata tanto de renunciar a las posibilidades de los programas resocializadores, como evitar que su aparente santidad justifique su imposición a cualquier precio. El

ideal del pensamiento preventivo general y especial no ha muerto, pero debe interpretarse dentro de los estrictos límites del respeto a la persona y su dignidad, de acuerdo con la ley.

1.1.4.2. El principio de legalidad

I. El sometimiento del sistema penal al principio de legalidad ha sido reconocido universalmente. Tanto las declaraciones internacionales, como las legislaciones nacionales coinciden en que la actividad penitenciaria tiene que desarrollarse con las garantías y dentro de los límites establecidos por la ley ("*Toda persona privada de libertad*, señala la Comisión Interamericana (R nº 1/08), *será igual ante la ley, y tendrá derecho a igual protección de la ley y de los tribunales de justicia*"). Sin embargo, se muestran más cautos a la hora de reconocer la vigencia de la legalidad en el ámbito de la ejecución de las penas. Así, por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se limita a declarar prohibido la privación de libertad que no sea por causas fijadas por la ley y siguiendo el procedimiento establecido en ella (artículo 9), pero no extiende la legalidad a las condiciones de vida dentro de la prisión.

La ejecución de la privación de libertad no puede hacerse al margen de la ley y, consiguientemente, todo lo que sucede dentro de la prisión debe hacerse conforme a ella. Las personas privadas de libertad tendrán derecho a conservar sus garantías fundamentales y ejercer sus derechos, a excepción de aquéllos cuyo ejercicio esté limitado o restringido temporalmente, por disposición de la ley, y/o razones inherentes a su condición de personas privadas de libertad. Se trata de la cuarta manifestación en lo penitenciario (*nulla exsecutio sine legem*) de esta garantía que completa los principios de *nullum crimen sine legem, nulla poena sine legem y nemo damnetur nisi per legale iudicium*.

Pero defender la legalidad es asegurar la vida y la integridad física de los privados de libertad. Casi toda la violencia que se desencadena en una prisión es ilegal, luego asegurando el imperio de la ley dentro de la prisión lograremos reducir drásticamente los actos de violencia y las mafias carcelarias.

No es preciso, en cambio, retrotraerse mucho en el tiempo para ver la cuestión penitenciaria sumida en una gestión administrativa lejos de cualquier control judicial o transparencia legislativa y regida tan solo por un conjunto desordenado de normas ministeriales de régimen interno. Sin embargo, la virtualidad del principio de legalidad sigue estando, aun hoy, llena de excepciones. Doctrina y jurisprudencia rivalizan en la invocación de la conocida teoría administrativa de relación especial de sujeción como fuente inagotable de debilitamiento de los derechos de los privados de libertad —por esta razón nos referiremos a ella más ampliamente en el apdo. 2.1.2.—. Esta teoría preestatal viene a reconocer ciertos ámbitos de actuación de la administración, entre los que se encontraría el penitenciario, ajenos al derecho. La relación especial de sujeción sirve, en definitiva, para justificar una excepción en el principio de legalidad que reclama la reserva absoluta de ley para

poder limitar un derecho fundamental, como es el de la libertad. En todo caso, el alcance dado a la referida teoría tiene más que ver con la fuerza plástica de las expresiones que con una reflexión teórica sobre cual son las relaciones que se establecen entre la población penitenciaria y la Administración. Que entre ambos existe una relación de sujeción diversa a la que se da con los ciudadanos libres esta fuera de dudas, pero que esa relación justifique la excepción al principio de legalidad cuando se limitan el ejercicio de los derechos fundamentales, es una conclusión inaceptable en un Estado de Derecho, que ni siquiera defienden quienes ven en el ámbito penitenciario una relación especial de sujeción. Toda la construcción teórica de ese modelo de organización estatal por la que los poderes públicos ceden frente a los derechos de la persona y las garantías jurídicas de estos, son puestas en cuestión a partir de la relación especial de sujeción que permite, en definitiva, la configuración de un orden institucional excluyente para quienes son condenados.

Así pues, del reconocimiento de unas relaciones diversas solo se deriva que algunos de los derechos constitucionales (v. gr. la libertad ambulatoria) adquieran una configuración distinta cuando se está cumpliendo una pena de prisión. Configuración que se encuentra amparada tanto por las normas penales como procesales.

II. Pero el principio de legalidad presenta también aquí ciertas particularidades que deben ser consideradas. En primer lugar, aunque la mayoría de los países cuentan con leyes penitenciarias que recoge los derechos de los condenados y las condiciones mínimas en las que debe cumplirse la pena para garantizar el respeto a los derechos de la persona, también debe ser tenido en cuenta el marco constitucional en las decisiones de las autoridades penitenciarias. La ejecución de la pena privativa de libertad da lugar a una frecuente intervención en los derechos fundamentales y la legislación penitenciaria contiene en muchas ocasiones una norma, válida para orientar la diversidad de problemas concretos que surgen en el desarrollo de la ejecución, pero con una gran dosis de inconcreción. Por esta razón es importante —y así se ha demostrado— la intervención y el control de la jurisdicción constitucional que permite contrastar los supuestos que afectan a esos derechos con su contenido y protección constitucional.

En segundo lugar, el referido principio tiene distinto nivel de exigencia según que se trate de derechos fundamentales de las personas o, simplemente de cuestiones relacionadas con la ejecución de la pena. Como veremos más adelante, en este segundo aspecto, no toda la normativa penitenciaria tiene que estar regulada por leyes, también puede estarlo por reglamentos o normas de rango jurídico inferior con la única salvedad de que no afecte a los derechos fundamentales de los privados de libertad. Es decir, toda norma cuyo contenido permita modular la intensidad o gravedad de la privación de libertad debe ser una norma de rango legal por estricto cumplimiento del principio de legalidad.

En el marco de un Estado Democrático de Derecho los derechos fundamentales que aquí interesan, es decir, los de carácter subjetivo, son facultades de protección que la norma atribuye a la persona en lo referente a su vida, a su libertad, a la igualdad, a su participación político o social, o a cualquier otro aspecto fundamental que afecte a su desarrollo integral como persona, en una comunidad de hombres libres, exigiendo el respeto de los demás hombres, de los grupos sociales y del Estado, y con posibilidad de poner en marcha el aparato coactivo del Estado en caso de infracción. Estos derechos solo pueden "*exceptuarse*" por una ley, lo que permite rechazar las opiniones de quienes han querido incluir el reglamento en la expresión "*ley penitenciaria*" como parte de un pretendido bloque de legalidad.

Pero la garantía formal de la reserva absoluta de ley no resulta suficiente, con ella no se evita que se lesione arbitrariamente por medio de una ley un derecho del interno. Además la limitación de los derechos fundamentales de los internos debe responder a una necesidad. Necesidad penitenciaria que puede valorarse en la intensidad y en el tiempo. Por lo que hace a la intensidad, como quiera que la pena priva de libertad y esta es su naturaleza, es este el único derecho fundamental que puede limitarse. Así debe entenderse la expresión el sentido o contenido de la pena de prisión. Ni el sentido ni el contenido de la pena de prisión tienen que ver con los fines resocializadores. En la doctrina se ha defendido, en ocasiones, la opinión contraria. Opinión que, a nuestro juicio, debe rechazarse por dos razones. La primera de ellas es que se hace difícil de imaginar que la resocialización pueda convertirse en una fuente de restricción de los derechos fundamentales de los internos como para que justifique una mención expresa en el texto constitucional. La segunda, que toda la actividad del tratamiento está presidida por la voluntad del interno por lo que la restricción ya no responde a la idea de autolimitación de la actividad del Estado en el ámbito penitenciario.

Ciertamente que la ejecución de la pena prisión atañe a otros derechos fundamentales además de la libertad ambulatoria entre los que pueden citarse los derechos a educar a los hijos, a la libertad de residencia, a la intimidad, derecho de reunión, de comunicación o a la propiedad. Todos ellos, en mayor o menor medida, resultan menoscabados dentro de la prisión. En todo caso, debe quedar claro la fuerza limitadora de la ley, ya que todo límite a los derechos de los internos —incluida la libertad ambulatoria— tienen que tener sentido desde la privación de libertad que constituye el núcleo de la sanción. Asimismo tiene plena vigencia la prohibición general de que las limitaciones a los derechos fundamentales son excepcionales y nunca deben llegar a afectar su contenido esencial.

Queda, finalmente, una limitación temporal máxima dentro de la que pueden darse las referidas restricciones que viene determinado por el fallo condenatorio. La sentencia firme solo resuelve el "*qué*" y el "*cuanto*" de las penas, pero en ningún caso el "*como*".

III. El principio de legalidad es un elemento esencial del Estado de Derecho que se concreta básicamente en dos aspectos: primacía de la ley y reserva de la ley. De acuerdo con el primero la ley formal tiene prioridad sobre cualquier otra manifestación del Estado y, de conformidad con el segundo, la intervención estatal contra los derechos fundamentales solo puede tener lugar bajo el amparo de una ley con unos contenidos claros y taxativos. La materia objeto de la reserva de ley queda sustraída a otra norma que no tenga rango de ley, lo que significa que el legislador ha de establecer por sí mismo la regulación, sin que quepa la remisión a los reglamentos y, aun menos, a normas de rango inferior. La taxatividad obliga al legislador a utilizar una técnica legislativa clara y concisa y, si bien es cierto que hoy no puede defenderse la ingenua pretensión iluminística de la omnielocuencia normativa, numerosos pasajes de las legislaciones adolecen de una grave falta de precisión.

Pero en cuanto la actividad penitenciaria recae sobre la Administración pública es conveniente destacar que dicho principio tiene una doble consecuencia: de carácter negativo, en la medida que la Administración penitenciaria no podrá desarrollar una actividad distinta a la que establece la legalidad y de signo positivo, que compromete a la misma a cumplir en su totalidad la legalidad vigente, sin que sea posible espacios legales que puedan afectar a los derechos de los internos y que queden sin ejecutar por deficiencias administrativas ("*La falta de recursos,* señalan las Normas Penitenciarias Europeas*, no podrá justificar unas condiciones de detención que violen los derechos humanos*"). Esta perspectiva resulta de un considerable interés en el ámbito penitenciario donde lamentablemente quedan incumplidas algunas disposiciones (v.gr. programas de tratamiento) por falta de medios.

IV. Hemos hablado hasta ahora de la normativa penitenciaria como un bloque homogéneo afectado por el principio de legalidad, sin embargo, en el texto precedente nos hemos adherido a la propuesta de quienes ven dentro de este conjunto de normas diferencias en torno a su naturaleza que repercute en su vinculación a dicho principio. También son normas penitenciarias aquellas que estructuran los órganos de un establecimiento y sus funciones y nadie propone que estén, en cambio, sometidas a la reserva absoluta de ley. Solo, pues, aquellas disposiciones que afecten a los derechos fundamentales de los internos se ven amparadas por esta garantía del Estado de Derecho.

Dos circunstancias han convertido el principio de legalidad en una suerte de principio relativo con una eficacia controlada, en una última instancia, por la administración penitenciaria. Por una parte, los legisladores abusan de la técnica de remisión reglamentaria, asumiendo indebidamente la competencia de decidir que materias deben reservarse a la ley, cuestión que corresponden de forma exclusiva a la Constitución. En numerosas ocasiones se puede comprobar como el legislador no ha tenido en cuenta los límites de esta técnica legislativa establecidos por la propia jurisprudencia constitucional. La norma de remisión ha de ofrecer un mínimo de contenido material para

evitar la deslegalización y, por su parte, la norma remitida ha de ser dependiente y subordinada a la norma habilitante.

Por otra parte, también se abusa tradicionalmente de la técnica de las circulares administrativas, hasta el extremo de que no es exagerado afirmar que el conocimiento más acertado de la normativa vigente en una prisión se obtiene de forma más precisa a partir de dicha fuente. Esta actividad normativa irregular, que también debilita la trascendencia del principio de legalidad en la ejecución, se excede de los límites legales de los contenidos de las instrucciones y órdenes de servicio que solo deben de hacer referencia a cuestiones relacionadas con las actividades de los órganos jerárquicamente dependientes.

V. Consecuencia inherente del principio de legalidad es la irretroactividad de la ley. Con carácter general este límite de vigencia de la ley penal se describe como la imposibilidad de aplicar una norma legal a un supuesto acontecido con anterioridad a su entrada en vigor. La irretroactividad afecta al Derecho penal salvo cuando la nueva disposición resulta más favorable para el reo. Con respecto a las normas penitenciarias y debido a que dentro de un mismo cuerpo legal encontramos normas de carácter sustantivo y otras que no lo son, normas penitenciarias que no pueden ocultar su estrecha relación con las de naturaleza administrativa o procesal, es indispensable determinar en qué medida se ven afectadas cada una de ellas, específicamente, por el principio de irretroactividad. Ciertamente que esta heterogeneidad frente a una garantía jurídica de esta trascendencia no es una solución satisfactoria, pero es, a nuestro juicio, la única que da una respuesta satisfactoria frente a las peculiaridades de esta rama del derecho. Son irretroactivas con idéntico rigor que las normas penales, aquellas que determinan una modificación en la intensidad de la privación de libertad —elemento sustantivo de la pena de prisión— (tales como los permisos, condiciones regimentales, beneficios, etc.) y solo serán retroactivas en la medida que favorezcan al interno; más alejadas de la naturaleza penitenciaria se encuentran las normas de contenido técnico, las que regulan el procedimiento disciplinario o las que se refieren a los aspectos organizativos de la Administración penitenciaria. Unas y otras, en cambio, están sometidas al principio de eficacia en coordinación con los principios constitucionales.

Con todo volveremos a plantear de nuevo la cuestión de la irretroactividad en relación con los beneficios penitenciarios por ser en este ámbito en el que se plantea con más vehemencia (vid. infra. apdo. 7.1.1.4).

Por supuesto que debe entenderse que una nueva norma es más favorable cuando permite más libertad, aunque con ello se incrementase el riesgo de la recaída en el delito y, a la inversa, serán irretroactivas aquellas normas que favoreciendo potencialmente la resocialización entraña más o mayor tiempo de privación de libertad.

VI. Finalmente, apuntar que el principio de legalidad solo está garantizado si la declaración de su vigencia se acompaña de los correspondientes mecanismos de control

judicial. Este control corresponde, en primer lugar, al Juez de Vigilancia Penitenciaria o de Ejecución de Penas. Pero la particularidad y complejidad de la cuestión penitenciaria da lugar a que no sea esta la única jurisdicción competente. Así, en vía de recurso frente a las resoluciones de estos jueces está prevista la intervención de segundas instancias que corresponde, normalmente, a la jurisdicción ordinaria. La combinación de una jurisprudencia procedente de una jurisdicción especial, a la que debe presumirse una mayor sensibilidad frente a la cuestión penitenciaria y una segunda instancia en manos de órganos judiciales ajenos a este mundo, plantea problemas difíciles de resolver, como la falta de armonización.

Más allá de la jurisdicción penal, la contencioso-administrativa tiene igualmente competencias en otras cuestiones que, a veces, no resultan fáciles de delimitar, pero, en todo caso, serán competentes los tribunales de esta jurisdicción en todo lo relativo a los funcionarios y los conflictos entre los órganos de los establecimientos. Por último, también las cuestiones penitenciarias podrán someterse al control del Defensor del Pueblo, del Tribunal Constitucional y de los tribunales internacionales de Derechos Humanos.

1.1.5. Los fines de la ejecución de la pena privativa de libertad. Principio de resocialización

Ampliamente invocado en los textos internacionales y en los nacionales, el principio de resocialización que abarca en su interior una rica variedad de matices viene a sintetizar los objetivos de la prevención especial positiva. Las fuertes críticas a las que este principio ha sido sometido en las últimas décadas, sobre todo desde las filas de la Criminología moderna, ha provocado que, sometido a una cirugía reduccionista, se entienda hoy, más que como un objetivo de educar o rehabilitar a los condenados, como un esfuerzo del sistema penitenciario por poner al alcance de estos recursos para facilitar su incorporación pacífica a la comunidad jurídica una vez producida la excarcelación. Reeducar no puede estar entre las funciones que fundamentan el castigo en la medida que es cuestionable la legitimidad del Estado para educar a adultos y, mucho menos, hacerlo a través de la pena.

Pero no es solo un problema de falta de legitimidad, es que la prisión no puede hacer milagros y es un milagro pensar que una institución diseñada para castigar pueda ser compatible con una plataforma de promoción social de los condenados.

Pero la resocialización no es solo un fin de la pena de prisión, por el contrario, es también la orientación de todo el sistema de penas. La configuración del Estado como un Estado Social en el que corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, cultural y social, obliga a concebir todo el sistema penal con esta misma orientación.

De esta manera podemos entender que el principio de la resocialización presenta dos facetas con distintos alcances y también con distintos contenidos. En un sentido más concreto la resocialización obliga a un diseño de las instituciones penitenciarias y de las medidas de seguridad privativas de libertad —para adultos y para menores— con esa meta reinsertadora.

Por otra parte, la resocialización como principio rector del sistema penal tiene un alcance mayor e incide aunque de forma desigual a todas las fases del mismo. Tanto el legislador como las diversas instancias de la Administración de justicia se comprometen con el objetivo de favorecer la reinserción pacífica y libre del condenado en la sociedad jurídica y, en los casos en que ello sea incompatible con la pena impuesta, buscar medios a través de los cuales se puedan neutralizar los efectos negativos de las penas. En este sentido, vemos la incidencia de estas metas cuando, por ejemplo, el legislador dispone de penas alternativas para que el órgano judicial determine aquella que pueda favorecer la reinserción o, al menos, no perturbar las relaciones del condenado con su medio social. También hay una influencia de este principio en la limitación de los tiempos mínimos de algunas penas, como la prisión, la privación del derecho a conducir vehículos de motor o del derecho a tenencia de armas, etc.

1.1.6. El principio de normalización penitenciaria

Por último vamos a referirnos a un principio que hay ido progresivamente consolidándose en los textos internacionales, en la medida que la crítica a la resocialización ha ido dejándola vacía de contenido. Someter a un proceso de normalización al sistema penitenciario es hacer que la vida dentro de la prisión se parezca lo más posible a la vida en libertad. Al principio de normalización se le reconocen dos cualidades cuando se compara con el de resocialización. La primera que sus contenidos son tangibles, en cualquier ámbito podemos despejar las dudas sobre cómo se resuelve una determinada cuestión en la sociedad libre; la segunda es que la normalización es fácil de aplicar en todas las instancias y por todos los operadores del sistema, no solo no entraña mayores costos de recursos, sino que sintoniza con los principios de intervención mínima y proporcionalidad.

1.2. Estudio jurídico. Argentina

1.2.1. Concepto y Ámbito del Derecho Penitenciario (definiendo destinatarios –extensión temporal: ingreso hasta cumplimiento de la pena)

Cuando mencionamos al concepto y ámbito del derecho penitenciario, nos referimos al límite y marco de ejercicio que tiene esta fase dentro del Sistema Penal. Es decir, cuál es el concreto margen de actuación del juez, de los fiscales y de los defensores en materia de ejecución de las penas, y cuáles son los espacios personales, territoriales y

temporales de este derecho en nuestro país. Hay quienes realizan una diferenciación entre derecho penitenciario y derecho de ejecución penal, entendiendo por el primero, solo al tratamiento de la pena privativa de la libertad, en cambio al segundo —derecho de ejecución penal, refiere todo lo relativo a la ejecución de cualquier pena, no solo la privativa de la libertad (por ejemplo la pena de multa).

En primer lugar, debe tenerse presente que el ámbito de la ejecución de la pena es refractario a cualquier tipo de control externo que se pretenda hacer sobre ella. Esto se intensifica en el marco de la construcción de la teoría de la sujeción especial, ya que en este contexto la ejecución de la pena es un ámbito permeable a un sinfín de relaciones no jurídicas completamente ajenas al derecho. Y será en este marco en donde el juez de ejecución se encontrará con un quehacer completamente ajeno a la labor judicial.

En este sentido, y tal como lo sostiene Borja Mapelli Caffarena[1], como las cárceles conforman micro espacios donde se replican y se intensifican los problemas ocurridos en el afuera, los jueces de ejecución deberían rodearse de un gabinete de expertos que le permitan atender y resolver todo tipo de problemas sanitarios, educacionales, laborales, psicológicos, médicos, etc. Esto generará, también, un *corpus* normativo que, regularmente, estará compuesto por disposiciones de naturaleza administrativa por sobre las de contenido penal.

En la Argentina, la normativa que regula el proceso de ejecución de las penas en el ámbito federal es el Régimen de Ejecución de las Penas Privativas de la Libertad, Ley 24.660, en adelante LEP. Esta Ley regula en sus primeros artículos, tal como se verá, el fin de la ejecución de la pena privativa de la libertad y los principios centrales de la ejecución, propios de un Estado democrático de Derecho.

Acerca de lo mencionado, la LEP traza algunos lineamientos claros que permiten inferir la necesidad de que el juez de ejecución cuente con personal idóneo y de diversas ámbitos que lo coadyuven a resolver todo tipo de problema que se suceda *intramuros*. Así lo establecen los arts. 184 y 185[2].

---

1. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, "Ejecución y proceso penal", Diciembre 1998, año 10, nº 15

2. **ARTICULO 184.** — Los centros de reinserción social deben ser instituciones basadas en el principio de la autodisciplina destinados a la recepción de condenados que se encuentren en semilibertad, prisión discontinua y semi detención. Serán dirigidos por profesionales universitarios con versación criminológica y, cuando las circunstancias lo posibiliten, podrán estar a cargo de un patronato de liberados y, de no existir aquél, de un servicio social calificado.

ARTICULO 185. — Los establecimientos destinados a la ejecución de las penas privativas de libertad, atendiendo a su destino específico, deberán contar, como mínimo, con los medios siguientes:

a) Personal idóneo, en particular el que se encuentra en contacto cotidiano con los internos, que deberá ejercer una actividad predominantemente educativa;

b) Un organismo técnico-criminológico del que forme parte un equipo multidisciplinario constituido por un psiquiatra, un psicólogo y un asistente social y en lo posible, entre otros, por un educador y un abogado, todos ellos con especialización en criminología y en disciplinas afines;

c) Servicio médico y odontológico acorde con la ubicación, tipo del establecimiento y necesidades;

d) Programas de trabajo que aseguren la plena ocupación de los internos aptos;

Asimismo, siguiendo a Mapelli, en Argentina podemos sostener que el Derecho Penitenciario se encuentra conformado por un conjunto normativo cuyo fin es regular el cumplimiento de penas dispuestas por una sentencia condenatoria firme y/o de medidas de seguridad ordenadas por un Tribunal o por un juez de instrucción. Asimismo, también el Derecho Penitenciario se encarga, en su fase más restrictiva y tal como se señaló, de un sinfín de circunstancias que exceden a la dispuesta en la pena o en la medida de seguridad y que se relacionan con el modo de vida *intramuros.*

Así es como los destinatarios del Derecho Penitenciario lo conformarán *todas* las personas que se encuentren *legítimamente* privadas de su libertad, ya sea porque sobre ellas ha recaído una sentencia condenatoria firme, en donde tendrán el status jurídico de *condenados,* o porque son sujetos de una medida cautelar, denominada prisión preventiva, y por tanto serán considerados *procesados (a ellos se les puede aplicar la ley de ejecución penal en virtud de lo previsto en el art. 11 de la ley 24660, en lo que se conoce como ejecución voluntaria).*

En el caso de las personas condenadas, previo a ingresar a un establecimiento penitenciario determinado, se debe comprobar la legitimidad de la orden de detención emitida por un juez (art. 18 Constitución Nacional[3]) y, a los fines de verificar la correcta identidad de la persona detenida, se constatarán sus huellas digitales. Luego, y ya en el establecimiento penitenciario donde se alojará, la persona será requisada por personal penitenciario y revisada por el médico de la unidad.

En el caso de las personas que se encuentren condenadas por sentencia judicial firme, se debe remitir el testimonio de la sentencia y el cómputo de detención al juez de ejecución correspondiente, quien será el encargado de velar por el correcto cumplimiento de la condena y de resolver todo lo que ocurra durante el proceso de ejecución de la misma (art. 493 del Código Procesal Penal Nación[4]).

---

e) Biblioteca y escuela a cargo de personal docente con título habilitante, con las secciones indispensables para la enseñanza de los internos que estén obligados a concurrir a ella;
f) Capellán nombrado por el Estado o adscripto honorariamente al establecimiento;
g) Consejo correccional, cuyos integrantes representen los aspectos esenciales del tratamiento;
h) Instalaciones para programas recreativos y deportivos;
i) Locales y medios adecuados para alojar a los internos que presenten episodios psiquiátricos agudos o cuadros psicopáticos con graves alteraciones de la conducta;
j) Secciones separadas e independientes para el alojamiento y tratamiento de internos drogadependientes;
k) Instalaciones apropiadas para las diversas clases de visitas autorizadas;
l) Un equipo compuesto por profesionales especializados en la asistencia de internos condenados por los delitos previstos en los art.s 119, segundo y tercer párrafo, 120, 124 y 125.

3. "**Art. 18**.- *Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa*".

4. **"Cómputo y facultades del tribunal de ejecución.** Art. 493. – El tribunal de juicio hará practicar por secretaría el cómputo de la pena, fijando la fecha de vencimiento o su monto. Dicho cómputo será notificado al ministerio fiscal y al interesado, quienes podrán observarlo dentro de los tres (3) días. Si se dedujere oposición, el incidente se tramitará ante el tribunal de juicio y se procederá conforme a lo dispuesto en el art. 491. En caso contrario, el cómputo se aprobará y la sentencia será comunicada inmediatamente al tribunal de ejecución penal. El juez de ejecución tendrá competencia para: *1°) Controlar que se respeten todas las garantías constitucionales y tratados internacionales ratificados por la República Argentina, en el trato otorgado a los condenados, presos y personas sometidas a medidas*

En forma paralela, y siempre hablando de personas condenadas, el Tribunal que dispuso la condena debe enviar a la unidad penitenciaria correspondiente el testimonio de la sentencia y el cómputo de la detención al momento en que la misma quede firme, y no antes. Es decir, la persona condenada **solamente es incorporada al régimen penitenciario** (cuya definición y extensión se explicará en líneas siguientes) **cuando el Tribunal de juicio comunica lo dispuesto por sentencia condenatoria firme a la unidad penitenciaria.** El inconveniente es que este proceso puede tardar varios meses, por desidia del Tribunal o del propio Servicio Penitenciario Federal. Hasta que esta comunicación no suceda, la persona detenida seguirá recibiendo el tratamiento penitenciario de procesado (a menos que haya optado por incorporarse a la ejecución anticipada de la pena prevista en el art. 11 de la ley 24.660), **aun cuando ya haya sido condenada,** y por ende no podrá acceder ni al sistema progresivo ni al tratamiento penitenciario.

Esta anomalía puede evitarse a requerimiento de la defensa de la persona condenada al Tribunal que dispuso la condena, a través de una presentación administrativa (pronto despacho) o judicial. Esta petición puede recaer tanto sobre la comunicación de la condena como del cómputo (ya que sin cómputo firme no se puede ejecutar la condena).

El lugar de cumplimiento de la pena privativa de la libertad lo dispone el Servicio Penitenciario Federal. Si la persona condenada se encontraba ya privada de libertad por estar en prisión preventiva, al momento de la condena firme volverá a la misma unidad de detención en la que se alojaba. En el caso en que la persona condenada no desee ir a un determinado establecimiento penitenciario porque teme por su vida o integridad personal o por motivos de cercanía con su familia, su defensa puede así hacérselo saber al Tribunal que dispone la condena, argumentando la razonabilidad del pedido.

Una vez ingresado al establecimiento penitenciario, la autoridad directa de controlar a la persona detenida es el Servicio Penitenciario Federal (en adelante, SPF) o los servicios penitenciarios provinciales, independientemente de que sea el juez de ejecución el encargado de velar por el cumplimiento de la pena y de tutelar la no conculcación de los derechos fundamentales del preso *intramuros*. Asimismo, el régimen de vida dentro de la cárcel se rige por distintos reglamentos que se dictan y que tienen que ver con la progresividad del régimen, con la disciplina penitenciaria, con la comunicación de los internos, etc., que serán analizados a lo largo de estos capítulos siguientes.

Así, cuando la persona es condenada, debe diferenciarse si la misma se encontraba ya privada de libertad con motivo de estar sometido a una medida cautelar —prisión preventiva—, o si ingresa a la cárcel por primera vez. En el primer caso, ante una persona ya detenida por prisión preventiva, la primera medida que se adoptará por parte

---

de seguridad.2°) Controlar el cumplimiento por parte del imputado de las instrucciones e imposiciones establecidas en los casos de suspensión del procedimiento a prueba (art. 293).3°) Controlar el cumplimiento efectivo de las sentencias de condena dictadas por el Poder Judicial de la Nación. 4°) Resolver todos los incidentes que se susciten en dicho período.5°) Colaborar en la reinserción social de los liberados condicionalmente".

del SPF es trasladarlo de alojamiento, ya sea dentro de la misma unidad o a otra para dar inicio al tratamiento penitenciario. Ello dependerá tanto de lo resuelto por el pronóstico criminológico que dispondrá a qué pabellón le corresponde ir dentro del espacio de encierro, como también por existir un planteo por parte de la persona detenida al Tribunal que dispuso la condena, tal como se señaló.

La segunda medida que se toma es incorporar a la persona detenida al sistema de progresividad y del tratamiento penitenciario, y que se explicará más adelante (art. 12 LEP).

Con relación a las personas que se encuentran procesadas, es decir, bajo una medida cautelar, en principio no se encuentran sometidas al mismo régimen de progresividad que los condenados; sí en cambio se encuentran sujetas al Régimen Disciplinario de la cárcel. Empero, los procesados **pueden solicitar ser incluidos bajo el régimen progresivo voluntariamente,** y en caso de solicitarlo, de ser condenados, les permitirá acceder a los beneficios del tratamiento de forma anticipada. Esto es así, ya que debe recordarse que para las personas procesadas sigue vigente el estado de inocencia (art. 18 Constitución Nacional), y por ende no se les puede dispensar el mismo tratamiento que a las personas condenadas.

Si las personas procesadas optan por ser incluidos en el régimen penitenciario de manera anticipada (conf. Art. 11), comienzan a tener los mismos derechos que las personas condenadas, a excepción de los egresos transitorios, la libertad condicional o asistida (art. 5 del Decreto 396/99 y art. 37 del Decreto 303/96).

Por último, y a los fines de delimitar los operadores centrales de la ejecución de la pena, a continuación se mencionan las principales funciones y características que poseen los jueces de Ejecución Penal, fiscales y defensores en materia de ejecución, así como también de otros organismos que se encargan de tutelar los derechos de las personas privadas de libertad.

Juzgados Nacionales de Ejecución Penal

Los Juzgados Nacionales de Ejecución Penal tienen principalmente las siguientes funciones:

- Ejercer el control sobre la ejecución de la pena impuesta por la justicia nacional y federal incluyendo el arbitrio de los medios que correspondan a fin de obtener el respeto de todas las garantías constitucionales y tratados internacionales que deberá recibir aquella persona condenada o bien sobre quien recaiga una medida de seguridad.
- Resolver los incidentes y las cuestiones que se produzcan durante la ejecución de la pena.
- Contribuir en la reinserción social de los liberados condicionales.
- Ejercer la custodia sobre los procesados o condenados que padezcan trastornos mentales severos, los que serán internados en establecimientos especializados.

Fiscalías ante los Juzgados Nacionales de Ejecución Penal

Las Fiscalías mencionadas analizan y emiten un dictamen opinando sobre cada uno de los pedidos o reclamos que solicita el defensor o el propio condenado, a los fines que el juez resuelva teniendo en cuenta la opinión de ambas partes. Ejercerá también un control de legalidad en todos los aspectos de la ejecución de la pena. También podrá efectuar presentaciones ante el juez de ejecución cuando lo considere necesario. Tendrá como deber el concurrir a las unidades o Complejos penitenciarios con el objeto de verificar las condiciones de detención de los alojados allí y podrá recibir en audiencia a los internos que así lo soliciten.

Defensorías ante los Juzgados Nacionales de Ejecución Penal y Unidades de Letrados Móviles ante los Juzgados de Ejecución Penal

Las Defensorías así como también las Unidades (las defensorías son creadas por medio de una ley del congreso nacional, en tanto que las unidades son asignaciones que realizan la autoridad máxima del Ministerio Público de la Defensa en la cual se le asigna al defensor a cargo de la misma, las facultades para intervenir en el trámite de la ejecución de la pena) mencionadas, entenderán en los procesos penales que impliquen la ejecución de una pena impuesta por el órgano jurisdiccional. El responsable de la Dependencia se encargará de brindar asistencia al condenado ante cada conflicto que se le presente en su vida en prisión, solicitará los derechos que le correspondan a quien representa a medida que avanza en la progresividad. Será quien ejerza el apoyo técnico legal del condenado y siempre deberá responder a los intereses de su defendido, teniendo obligación de concurrir a los establecimientos carcelarios periódicamente.

Es necesaria la coordinación del modo de actuación del defensor con la función de la justicia: "*La función de contralor es una salvaguarda para evitar la atribución de responsabilidad al Estado no sólo en relación a la actuación de defensores oficiales, en tanto agentes públicos, sino también en aquellos supuestos en los que hubiera intervenido un defensor de confianza*"[5].

En síntesis, la función central del defensor público, es velar por el cumplimiento de manera integral de todos los derechos de su defendido, mientras se ejecuta su sentencia.

Otros organismos:

Comisión de cárceles de la Defensoría General de la Nación[6]

Objetivo General
Proteger y promover los derechos de las personas privadas de libertad.

5. "Derecho Internacional de los Derechos Humanos", Análisis de los estándares del Sistema Interamericano, Ministerio Público de la Defensa, año 2009, pág. 240.
6. Resolución de la Defensoría General de la Nación N° 158 del año 1998.

La Comisión ha sido creada en el año 1998, teniendo como objetivos principales: la asistencia de las personas privadas de la libertad a fin de disminuir la incertidumbre que les genera el lugar donde se encuentran, así como también el monitoreo de las condiciones de detención y la verificación del nivel de cumplimiento de estándares de derechos humanos en materia de privación de la libertad.

El art. 25 inciso l) de la Ley Orgánica del Ministerio Público de la Defensa indica el eje central de la Comisión: "*Velar por la defensa de los derechos humanos en los establecimientos carcelarios, judiciales, de policía y de internación psiquiátrica a fin de que los reclusos e internados sean tratados con el debido respeto a su persona, no sean sometidos a torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes y tengan oportuna asistencia jurídica, médica, hospitalaria y las demás que resultaren necesarias para el cumplimiento de dicho objeto, promoviendo las acciones correspondientes cuando se verifique violación*"

Por regla general, la Comisión, no interviene en actos judiciales, salvo **excepcionalmente** por medio de una acción colectiva —o individual— de *habeas corpus*, en trámite judicial, siendo que la tarea de velar por el respeto de la dignidad de la persona es llevada a cabo por los respectivos defensores públicos que asisten a la misma.

La población destinataria de la Comisión de Cárceles son aquellas personas privadas de libertad por orden de la justicia nacional y federal de todo el país, asistidas por la Defensa Pública Oficial.

La actividad que se lleva adelante se circunscribe a las Unidades y/o Complejos Penitenciarios del Servicio Penitenciario Federal como así también en destacamentos o establecimientos dependientes de otras fuerzas de seguridad como pueden ser aquellas dependientes de Gendarmería Nacional Argentina, Prefectura Naval Argentina, Comisarías provinciales, entre otros.

Ámbito de actuación

La comisión efectúa monitoreos de las condiciones de alojamiento de las personas detenidas. En cambio, el defensor realiza entrevistas individuales a las personas privadas de libertad y asistencia a las mismas; participación en actividades de distinto tipo dentro de las unidades de detención.

En sintonía con una interpretación armónica entre los objetivos asignados a la Comisión y las funciones asignadas a los integrantes del mismo Ministerio Público —en particular, arts. 25, inc. l) y 26 de la Ley Orgánica del Ministerio Público de la Defensa N° 24.946—, le imprime a la actividad desarrollada por la Comisión de Cárceles características de **colaboración y refuerzo subsidiario a la labor de las Defensorías Oficiales**. Todo ello a fin de lograr un doble frente de actuación ante los organismos pertinentes encargados de

mantener las condiciones de alojamiento en los establecimientos carcelarios y, paralelamente, evitar una dilación innecesaria en la satisfacción de las solicitudes de los internos.

Interacción y formulación de acciones conjuntas

- Con las Defensorías Públicas Oficiales y el resto de los Programas y Comisiones de la Defensoría General de la Nación: se procura trabajar permanentemente en forma coordinada a fin de encaminar la problemática que se le presenta a las personas privadas de la libertad en el marco del alojamiento en un establecimiento penitenciario.
- Interacción y formulación de acciones conjuntas con otros organismos públicos: la política de gestión que se efectúa implica el trabajo en forma conjunta y coordinada y en forma intra e interinstitucional con diferentes operadores en materia de privados de la libertad.
- En ciertos casos de intervención de la Comisión de Cárceles en temas críticos que afectan grupos de vulnerables locales, se ha entablado diálogo directo con jueces, fiscales y autoridades estatales locales, en busca de soluciones rápidas y efectivas de la problemática planteada.

Procuración Penitenciaria de la Nación

La Procuración Penitenciaria de la Nación es un organismo oficial dependiente del Poder Legislativo quien cuenta con autonomía e independencia a fin de proteger los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad en el ámbito federal y asimismo, para controlar la actuación del SPF. Efectúan visitas de monitoreo de las condiciones de detención de las personas alojadas en los establecimientos penitenciarios, efectúan entrevistas, realizan recomendaciones y presentaciones judiciales en caso de corresponder.

1.2.2. Principios informadores del sistema penitenciario. Especial referencia al principio de legalidad

En primer lugar, es importante señalar que los principios básicos que rigen la ejecución de la pena representan derechos y garantías constitucionales reconocidos tanto por nuestra Constitución Nacional (en adelante, CN) como por los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y por el propio Código Penal y Código Procesal Penal. También, y en un estadio inferior de análisis, por los contenidos de la LEP en los arts. 1 al 11. En virtud de ello, reflejan no sólo un espíritu de compromiso asumido por el país en materia de política penitenciaria, sino que son rectores al momento de crear normas penales específicas y disponer la práctica penitenciaria.

Siguiendo el orden jerárquico que establece nuestra CN en su art. 31[7], comenzaremos el análisis de estos principios partiendo de la normativa jerárquica superior, es decir, la

7."Art. 31.– *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, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859*".

contenida en la CN como en los Tratados Internacionales con raigambre constitucional (art. 75 inc 22 CN[8]). Estos instrumentos, si bien no forman parte del texto de la Carta Magna comparten su jerarquía, conformando junto con ella el "*bloque de constitucionalidad federal*"[9].

1.2.2.1. Humanización de las penas

El primer principio que debemos mencionar es el de humanización de las penas[10], heredado del Iluminismo penal y contenido de manera explícita en el art. 18 de la CN[11].

El principio significa, principalmente, que la persona detenida debe tener un trato humano mientras se halle bajo la custodia del Estado (Art. 5 Inc. 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en adelante CADH[12], y también por el art. 3, 2° parte y art. 9 LEP[13]). Este principio se relaciona de manera expresa con la posición de garante del estado. A su vez, de esta directriz puede inferirse que la persona detenida

---

8. "Art. 75.– Corresponde al Congreso: 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.
La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan art. alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.
Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional".
9. Sobre esto, tal como lo señala Arocena (2008), "… *dicho bloque de constitucionalidad contiene pautas de política penitenciaria y reglas sobre la situación jurídica de las personas privadas de la libertad que conforman un verdadero programa constitucional de la ejecución de las medidas de encierro carcelario al que debe adaptarse la normativa inferior sobre la materia*".
10. La aplicación jurisprudencial de este principio se observa en el fallo "*Verbitsky, Horacio S/ hábeas corpus*"22 (CSJN, 03/05/05), en donde se resalta la obligación estatal de cumplimentar con lo prescripto por las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de las Naciones Unidas respecto del tratamiento digno que debe concederse a toda persona privada de libertad. Por otro lado, el fallo exhorta a los poderes políticos a adecuar su legislación procesal penal en materia de prisión preventiva y excarcelación, y de ejecución penal y penitenciaria a los mandamientos constitucionales e internacionales ratificados por nuestro país.
11. "*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*"
12. Art. 5. Derecho a la Integridad Personal
1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.
2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.
13.Art. 3º LEP — La ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, estará sometida al permanente control judicial. El juez de ejecución o juez competente garantizará el cumplimiento de las normas constitucionales, los tratados internacionales ratificados por la República Argentina y los derechos de los condenados no afectados por la condena o por la ley.
Art. 9º — La ejecución de la pena estará exenta de tratos crueles, inhumanos o degradantes. Quien ordene, realice o tolere tales excesos se hará pasible de las sanciones previstas en el Código Penal, sin perjuicio de otras que le pudieren corresponder".

tampoco debe sufrir castigos físicos o psicológicos o privaciones de derechos que excedan a la mera privación de su libertad y a lo dispuesto por la sentencia judicial de condena.

Del principio de humanización de las penas se desprende la prohibición de tratos crueles, inhumanos o degradantes, dispuesta por la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (en adelante, Convención contra la Tortura[14]), reflejada también en el art. 5 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (en adelante, DUDH[15]), en los art.s 7 y 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, PIDCyP[16]), y en el art. 5, apartado 2, 1ª disposición de la CADH[17]. Claro está que si bien la normativa prohíbe el trato inhumano cruel y degradante, es evidente que la práctica cotidiana carcelaria, en muchas ocasiones, realiza acciones que implican un trato inhumano cruel y degradante y es allí donde se requiere la presencia y acción del defensor público. Prueba de ello es, por ejemplo, la aplicación de castigo en celdas de aislamiento en espacios físicos extremadamente reducidos, que, obviamente, tensionan el principio de humanización de las penas.

1.2.2.2. Reinserción social

Otro de los principios rectores de la ejecución penal es el de reinserción social o reintegración social, contenido en el art. 10, apartado 3 del PIDCP[18], en el art. 5, apartado 6 de la CADH[19], y en los arts. 1 y 178 de la LEP[20]. Podemos definir a este principio como

---

14. Art. 1.1. A 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. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas.
Art. 2.1. Todo Estado Parte tomará medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole eficaces para impedir los actos de tortura en todo territorio que esté bajo su jurisdicción".
15. Art. 5 DUDH: Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.
16. Art. 7 PIDCP: Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos.
Art. 10:1. "*Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.2. a) Los procesados estarán separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento distinto, adecuado a su condición de personas no condenadas*".
17. Art. 5. Derecho a la Integridad Personal
"*1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral*".
18. Art. 10.3 PIDCP. "*El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica*".
19. Art. 5. *Derecho a la Integridad Personal: 6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados*".
20. Art. 1º — La ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad.
El régimen penitenciario deberá utilizar, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, todos los medios de tratamiento interdisciplinario que resulten apropiados para la finalidad enunciada.
Art. 178. — Las cárceles o alcaidías tienen por objeto retener y custodiar a las personas sometidas a proceso penal.

la obligación de un Estado de proporcionar a la persona privada de libertad, dentro del marco del encierro carcelario, las condiciones necesarias para un desarrollo adecuado que favorezca su integración a la vida social al recuperar la libertad. Así, este principio implica entender a la ejecución de la pena como un lugar o espacio de tiempo donde se ejercita un aprendizaje de integración social. En este sentido, es claro que debe entenderse la reinserción social en clave de derechos, de recuperación de derechos de las personas vulnerables. Así, el tratamiento penitenciario en clave de derechos debe dejar de ser realizado exclusivamente con parámetros de modificación de conductas —al estilo positivista—, para pasar a realizarse no solo con el internos, sino también comprometiendo a la comunidad toda en ese proceso. Es así que autores de la talla de Alessandro Baratta aluden a que debe dejarse de lado la concepción del tratamiento bio antropo social, para pasar a brindar un abordaje socio antropo biológico. En definitiva, la idea de reinserción social desde una perspectiva de derechos, alude a la disminución de la vulnerabilidad social del interno, y esa disminución solo se alcanza mediante la recuperación de derechos y de ciudadanía por parte del interno.

1.2.2.3. Legalidad

Encontramos también dentro de la ejecución penal al **principio de legalidad**, cuya fuente inmediata es el art. 18 CN[21], el art. 9 de la CADH y el art. 15 PIDCyP. La vigencia de este principio, en el contexto de la ejecución de penas de prisión, excluye la admisión de conductas arbitrarias intramuros e implica, básicamente, que las penas deben ejecutarse conforme normas vigentes sancionadas antes de la comisión de los delitos que dieron lugar a la condena. El principio exige también la determinación en la duración de la pena y la definición de la forma de cumplimiento de la misma. Sin embargo, no debe perderse de vista que, materialmente, en el ámbito de la ejecución el principio no tiene la misma intensidad que tiene en el derecho penal sustantivo, precisamente porque muchas veces las garantías *intramuros* se *relajan*.

En líneas generales, este principio exige:

- Que los tribunales hayan sido previamente establecidos por la ley, estando prohibida la creación de órganos jurisdiccionales de excepción o comisiones especiales para el juzgamiento de un imputado.

Su régimen posibilitará que el interno pueda ejercer su derecho al trabajo y afrontar la responsabilidad de asistir a su grupo familiar dependiente e incluirá programas y actividades que permitan evitar o reducir, al mínimo posible, la desocialización que pueda generar la privación de libertad.

21. Art. 18.– Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. 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

- El cumplimiento de las formalidades del procedimiento.
- Que los delitos hayan sido tipificados con anterioridad a la comisión del hecho ilícito.

Asimismo, se desprende también del principio de legalidad:

- El **principio de reserva** (art. 19 CN, 2; arts. 17, 18 y 19 PIDCyP; arts.12 y 13 CADH y de la LEP).
  Este principio, también mencionado como de autonomía de la voluntad, se encuentra contenido en el art. 19 (primera parte) de la CN[22].
  Conforma un límite al art. 18 de la CN, ya que las acciones que no afecten la moral, las buenas costumbres y los derechos de terceros no pueden ser juzgadas por los jueces, aun cuando exista una ley anterior al hecho del proceso. El Estado debe reconocer un espacio de libertad personal que implica la prohibición de una moral determinada. En este sentido, las penas no pueden recaer sobre las conductas de autonomía moral que la CN garantiza, sino sobre aquellas que afecten intersubjetividades, a bienes jurídicos concretos.
  Esta libertad de conciencia, establecida en la primera parte del art. 19 de la CN, se relaciona con la segunda parte de ese mismo art. que dispone: *"ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe".* Esta máxima se conoce como el principio de reserva, del cual se desprende que:
  - El Poder Legislativo, a través del dictado de leyes, es el único Poder que puede imponer obligaciones a los ciudadanos. En este sentido, se cuestiona fuertemente el hecho de que en el régimen disciplinario, el catálogo de faltas leves y medias sean definidas y establecidas por medio de un decreto y no a través de una ley.
  - Los ciudadanos estamos facultados a realizar lo que la ley no nos prohíba expresamente.

  En síntesis: el principio de reserva determina que la regla sea la libertad, libertad que sólo podrá ser restringida mediante el dictado de una ley en el marco de un Estado democrático de derecho.
- El **principio de igualdad ante la ley** (art. 16 CN[23]; art. 24 CADH; Art. 14 inc 1 PIDCyP; RMNU y art. 8 LEP[24]).
  A través del mismo, se prohíbe cualquier tipo de discriminación durante la ejecución de la pena por cuestiones de raza, sexo, idioma, religión, ideología, condición social o cualquier otra circunstancia, excepto de aquellas que resultaren a consecuencia del tratamiento penitenciario individualizado.

---

22. "*Las acciones privadas de los hombres que en ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados*".
23. Art. 16.– La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas.
24. Art. 8º — Las normas de ejecución serán aplicadas sin establecer discriminación o distingo alguno en razón de raza, sexo, idioma, religión, ideología, condición social o cualquier otra circunstancia. Las únicas diferencias obedecerán al tratamiento individualizado.

- El **principio de progresividad del régimen penitenciario** (arts. 60 y 61 Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Delincuentes, en adelante RMNU, arts.1, 5, 6 LEP[25]).
  El principio de progresividad se encuentra interrelacionado con el principio de reinserción social, ya que se buscará la misma a través de un proceso progresivo, en el marco de un tratamiento concreto, interdisciplinario y especializado.
- **Principio de control jurisdiccional permanente**: (arts XV de la DADH y en los arts. 7.5 y 7.6 de la CADH y arts. 3 y 4 LEP[26]. Asimismo, principios III y V de los *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas* —Resolución 1/08 de la CIDH—. En adelante *Principios y Buenas Prácticas*).
  Como todo acto que implique un cercenamiento legítimo de derechos, la ejecución de la pena privativa de la libertad debe estar sometida a un permanente control judicial. Esto significa que todas aquellas decisiones que comporten un cambio cualitativo en la forma en que se venía cumpliendo la pena deben ser adoptadas o controladas por un juez (el control se extiende también a los casos de multa e inhabilitación).
- **Principio de respeto a la dignidad de la persona privada de libertad** (art. 18 CN; arts. 10. Ap1 PIDCP; art. 5. Ap. 2, 2dispos. CADH, RMNU). El contenido de este principio se encuentra en sintonía con el de humanización de las penas y con el de reinserción social.
- **Principio de democratización** (art. 13, inciso b, y el art. 119 de la LEP[27]).
  Este principio buscará que la persona privada de libertad se involucre en la diagramación y las exigencias que le demandarán su vida intramuros, con un fin concreto

25. Art. 1º — La ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad. El régimen penitenciario deberá utilizar, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, todos los medios de tratamiento interdisciplinario que resulten apropiados para la finalidad enunciada.
Art. 5º — El tratamiento del condenado deberá ser programado e individualizado y obligatorio respecto de las normas que regulan la convivencia, la disciplina y el trabajo. Toda otra actividad que lo integre tendrá carácter voluntario. En ambos casos deberá atenderse a las condiciones personales, intereses y necesidades para el momento del egreso, dentro de las posibilidades de la administración penitenciaria.
Art. 6º — El régimen penitenciario se basará en la progresividad, procurando limitar la permanencia del condenado en establecimientos cerrados y promoviendo en lo posible y conforme su evolución favorable su incorporación a instituciones semiabiertas o abiertas o a secciones separadas regidas por el principio de autodisciplina.
26. Art. 3º — La ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, estará sometida al permanente control judicial. El juez de ejecución o juez competente garantizará el cumplimiento de las normas constitucionales, los tratados internacionales ratificados por la República Argentina y los derechos de los condenados no afectados por la condena o por la ley.
Art. 4º — Será de competencia judicial durante la ejecución de la pena: a) Resolver las cuestiones que se susciten cuando se considere vulnerado alguno de los derechos del condenado; b) Autorizar todo egreso del condenado del ámbito de la administración penitenciaria.
27. Art. 13. — Durante el período de observación el organismo técnico-criminológico tendrá a su cargo: b) Recabar la cooperación del condenado para proyectar y desarrollar su tratamiento. A los fines de lograr su aceptación y activa participación, se escucharán sus inquietudes.
Art. 119. — El trabajo y la producción podrán organizarse por administración, bajo las formas de ente descentralizado, empresa mixta o privada, por cuenta propia del interno o mediante sistema cooperativo. En cualquiera de esas modalidades la administración ejercerá la supervisión de la actividad del interno en lo concerniente al tratamiento. Un reglamento especial establecerá las normas regulatorias de los aspectos vinculados a la organización, funcionamiento, supervisión y evaluación de los entes oficiales, mixtos, privados o cooperativos.. Las utilidades materiales percibidas por la administración penitenciaria se emplearán exclusivamente en obras y servicios relacionados con el tratamiento de los internos.

de lograr una reinserción social plena a partir de la comprensión de los beneficios que le implicará el cumplimiento de la ley. Este principio es la otra cara del de progresividad, ya que buscará preparar a la persona detenida "*progresivamente*" para un egreso satisfactorio.

- **Principio de no marginación**: (Arts. 60 y 61 RMNU) A través de este principio se buscará restringir al mínimo los efectos deteriorantes de la prisionización. La LEP también incorpora preceptos que procuran atenuar los efectos desocializadores de la ejecución de la pena, entre ellos, los arts. 158 y 159[28].

Principio de legalidad en referencia a la ejecución

El principio de legalidad es uno de los pilares fundamentales del estado de derecho liberal. Marcos Salt[29] sostiene que este principio implica que las penas deben ejecutarse del modo previsto en las normas vigentes antes de la comisión del hecho ilícito que justifica la condena. En otras palabras, afirma que una interpretación correcta del principio de legalidad (art. 18 CN) debe basarse en una normativa que regule las características cualitativas de las pena y que establezca de qué manera se va a desarrollar la ejecución. En el fallo Fleming y Viñals[30] se sostiene que la injerencia sólo es válida si resulta previamente descripta y autorizada en una ley del Congreso Nacional o de la Legislaturas provinciales.

En consecuencia, Salt entiende que la vigencia del principio de legalidad en la etapa de ejecución penal es una exigencia derivada del principio constitucional *nulla poena sine lege* y que es claro que el postulado exige que una ley del Congreso estipule de manera cierta las consecuencias del delito. Por otro lado, otra consecuencia de la vigencia del principio de legalidad durante la ejecución es la necesidad de que la ley actúe como un límite a la facultad reglamentaria de la administración. Sin embargo, sostiene el autor, éste es el medio por el que se producen la mayor cantidad de violaciones al principio de legalidad en la ejecución de la pena. Al existir una excesiva proliferación de reglamentos y circulares internas de la administración se llega al extremo de que leyes y tratados internacionales se conviertan en letra muerta, llevando a que se desvirtúen los derechos de las personas privadas de libertad[31]. Un claro ejemplo de la violación al principio de legalidad por medio de un exceso en las facultades reglamentarias se analiza en el fallo Dessy que analizaremos a continuación. Según Salta, en

28. Art. 158. — El interno tiene derecho a comunicarse periódicamente, en forma oral o escrita, con su familia, amigos, allegados, curadores y abogados, así como con representantes de organismos oficiales e instituciones privadas con personería jurídica que se interesen por su reinserción social. En todos los casos se respetará la privacidad de esas comunicaciones, sin otras restricciones que las dispuestas por juez competente.
Art. 159. — Los internos de nacionalidad extranjera, gozarán de facilidades para comunicarse con sus representantes diplomáticos y consulares acreditados.
29. Salt, Marcos Gabriel y Rivera Beiras, Iñaki *"Los derechos fundamentales de los reclusos en Argentina: España y Argentina",* Buenos Aires, Editorial Del Puerto, 2010, pag. 199.
30. Fleming, Abel y López Viñals, Pablo, "Proceso y afectación de derechos del imputado", Buenos Aires, Editorial Rubinzal-Culzoni, 2007, pág.. 39.
31. Ídem, pp. 200

el fallo Dessy[32], "la Corte Suprema de Justicia tuvo oportunidad de pronunciarse en un caso de habeas corpus correctivo en el que estaba en discusión el alcance de la facultad de la administración de reglamentar el ejercicio de los derechos de las personas privadas de libertad reconocidos por textos normativos de mayor jerarquía. Gustavo Dessy, cumplía una codena a pena de prisión en el norte del país. Para mantener el contacto con su familia utilizaba la correspondencia. En el hábeas corpus correctivo, Dessy se quejó de que el personal penitenciario, amparándose en normas reglamentarias y con el pretexto de garantizar la seguridad del establecimiento penitenciario, revisaban la correspondencia recibida y la enviada por él, violando, de esta manera, sus derechos de intimidad, privacidad y a una pena con fin resocializador. Según la queja de Dessy, la administración, además de revisar el contenido de la correspondencia recibida, le exigían entregar abiertas las cartas que pretendía enviar al exterior del establecimiento para que pudieran ser revisadas por personal del establecimiento penitenciario. Si él se negaba a entregar abiertos los sobres, la administración no permitía su envío". En la época en el que el caso fue objeto de análisis judicial, se encontraba vigente la Ley Penitenciaria Nacional que preveía que la administración sólo tenía facultades para controlar la correspondencia que los internos recibían. Asimismo, se encontraba en vigor un reglamento que "preveía un sistema de control de los internos que permitía a la administración violar de manera indiscriminada el secreto de las comunicaciones y negar el envío o la entrega de cartas a la manera de una censura previa, y basándose en motivos vagos o claramente violatorios del ámbito de la intimidad de las personas. De esta manera, el reglamento del que se quejaba Dessy en el hábeas corpus correctivo, facultaba a la administración a obligar a presentar a los internos en sobre abierto las cartas que pretendían enviar, y revisar su contenido para luego permitir o negar su envío. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en un extenso fallo declaró la inconstitucionalidad de las normas del reglamento que había dictado el Servicio Penitenciario Federal, excediéndose de sus facultades reglamentarias[33]."

En cuanto a la judicialización de la ejecución penal como derivación del principio de legalidad, éste exige, según Salt, que la ejecución de las penas impuestas como consecuencia de un delito, se realice de acuerdo a lo previsto normativamente antes de la comisión del hecho ilícito. Dicho proceso de determinación de la pena no se agota con la sentencia condenatoria sino que continúa durante la ejecución y hasta el agotamiento de la pena. Afirma este autor que es precisamente durante la etapa de ejecución cuando se deciden las condiciones concretas de cumplimiento y sus posibles modificaciones de acuerdo a las regulaciones de la ley penal material. Es en esta etapa de judicialización de la ejecución de la pena como derivación del principio de legalidad en donde se asegura que todas aquellas decisiones de la etapa de ejecución penal que impliquen una modificación cualitativa de cumplimiento de la pena conforme a las regulaciones de la ley penal, deben ser tomadas por un juez, en un proceso en el que se

32. CSJN, "Dessy, Gustavo Gastón s/ hábeas corpus", del 19 de octubre de 1995.
33. Salt, op. cit.

respeten las garantías del procedimiento penal. Lo que conlleva a que las garantías del derecho proceso penal deben extender su vigencia a la etapa de ejecución de la pena[34].

1.2.3. Modelo de Reinserción

Si bien en líneas anteriores se ha brindado un breve panorama del contenido de la resocialización como manda constitucional, lo que sigue profundiza el perfil de análisis brindado ofreciendo, a su vez, sustento jurisprudencial.

Como se dijo, la LEP define, en su art. 1°[35], que el fin de la ejecución de la pena privativa de la libertad es la reinserción social del condenado. La reinserción social del condenado conforma, además, un punto central en los Estados sociales de Derecho, y así lo disponen los arts. 10, apartado 3, del PIDCP, en el art. 5, apartado 6, de la CADH, y en la Regla 56 y sgts de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos.

La inclusión expresa del art. 1° de la LEP demuestra que para nuestra legislación, tal como se dijo, la resocialización o reinserción social debe ser el fin de la pena privativa de la libertad, que no debe confundirse con el fin de la pena. En este sentido, la ejecución de las penas debe marcar los objetivos que deberá perseguir el Estado durante su ejecución y la actividad penitenciaria.

Si bien el concepto de resocialización comporta una vaguedad conceptual difícil de sortear, algunas aproximaciones académicas nacionales han tratado de dotar al concepto de un contenido acorde a la finalidad de la ejecución. Así, López y Machado conciben a la resocialización "*como un proceso de "personalización" el cual, a partir de un trato humano y lo menos degradante posible, tiende a disminuir el nivel de vulnerabilidad del condenado frente al sistema penal, dotándolo de los medios necesarios para que pueda tomar conciencia de su rol y salirse del estereotipo selectivo del poder punitivo*"[36].

En línea similar, Marcos Salt indica que "*el ideal resocializador erigido como fin de la ejecución sólo puede significar una obligación impuesta al Estado ("derecho", por lo tanto, de las personas privadas de libertad) de proporcionar al condenado, dentro del marco del encierro carcelario, las condiciones necesarias para un desarrollo personal adecuado que favorezca su integración a la vida social al recobrar la libertad…*"[37]. En este sentido, la resocialización debe considerarse como una guía de interpretación en la aplicación de las normas penitenciarias.

---

34. Salt, op. cit.
35. "ARTICULO 1º — La ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad(..)".
36. Vid. López, Axel y Machado, Ricardo: Análisis del régimen de ejecución penal. Ley 24.660. Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad, Fabián J. Di Plácido Editor, Buenos Aires, 2004, pp. 37 y 39.
37. Vid. Salt, op. cit., pág. 177.

Pero fundamentalmente, la idea central es determinar qué acciones puede llevar adelante un Estado en nombre de la reinserción social. La respuesta es que no puede hacer cualquier cosa, sino que está autorizado a realizar aquellas actividades que impliquen una recuperación de derechos por parte del interno. Esa recuperación de derechos necesariamente implica disminuir la vulnerabilidad que los internos poseen. En síntesis, la reinserción social debe ser entendida en clave de recuperación de derechos.

Es por ello que el vector de la resocialización debe ser utilizado, judicial y administrativamente, al resolver cualquier problema que ocurra *intramuros* y que pueda determinar la vulneración de derechos no implicados en la sentencia de condena o que implique un agravamiento de las condiciones de detención. Así, por ejemplo, debe priorizarse opciones que favorezcan la resocialización en temas relacionados con posibles traslados de preso/as, en cuestiones de obtención de prisión domiciliaria o en cuestiones vinculadas al trabajo intramuros.

Nuestra Corte Suprema de la Nación (en adelante la Corte) ha sentado el estándar de la resocialización en numerosos fallos, en los que ha dejado asentado de manera expresa que el fin de la ejecución de las penas privativas de libertad debe ser la reinserción social del penado[38].

Como ejemplo podemos citar el precedente "*Dessy, Gustavo Gastón s/habeas corpus*" (D.346-XXVI), donde se interpone un habeas corpus correctivo por considerar que el Servicio Penitenciario Federal había vulnerado ciertos derechos fundamentales como el derecho a la comunicación por correspondencia. Aquí, la Corte establece que "*(…) La contradicción entre el objetivo de readaptación social sostenido en la Ley Penitenciaria Argentina y la censura de la correspondencia induce a recordar que no le está permitido al legislador obrar de modo que resulte destrucción de lo mismo que ha querido amparar y sostener".*

En la causa V856/02, "*Verbitsky, Horacio s/hábeas corpus*", la Corte fijó los estándares de protección de los derechos de los presos que los distintos poderes provinciales deben respetar para cumplir con el mandato de la CN y con los pactos internacionales de derechos humanos que tienen jerarquía constitucional. Así, establece que la resocialización será el vector de la ejecución de la pena, "…*si el estado no puede garantizar la vida de los internos ni evitar las irregularidades que surgen de la causa de nada sirven las políticas preventivas del delito ni menos aún las que persiguen la reinserción social de los detenidos. Es más, indican una degradación funcional de sus obligaciones primarias que*

38. Como ejemplo podemos citar el mencionado precedente "Dessy, Gustavo Gastón s/habeas corpus" (D.346-XXVI), donde se interpone un habeas corpus correctivo por considerar que el Servicio Penitenciario Federal había vulnerado ciertos derechos fundamentales como el derecho a la comunicación por correspondencia. Aquí, la Corte establece que *"(…)La contradicción entre el objetivo de readaptación social sostenido en la Ley Penitenciaria Argentina y la censura de la correspondencia induce a recordar que no le está permitido al legislador obrar de modo que resulte destrucción de lo mismo que ha querido amparar y sostener".*

se constituye en el camino más seguro para su desintegración y para la malversación de los valores institucionales que dan soporte a una sociedad justa".

Similares criterios utiliza la Corte en el fallo Romero Cacharane H. A. s/ ejecución penal. (9/3/03), indicando que durante la etapa de la ejecución de la pena operan de modo pleno y permanente las garantías y principios del orden jurídico, con las únicas restricciones derivadas de la sentencia de condena. Por ello, las personas privadas de libertad pueden ejercer el derecho al trabajo, garantizado constitucionalmente (arts. 14 y 14 bis CN). De ello se deduce que las diferencias planteadas entre las condiciones laborales intramuros y el afuera no deben conspirar contra el derecho a trabajar y el fin resocializador de la pena.

Finalmente la Corte, en el precedente "*Méndez, Daniel Roberto s/recurso de casación*" (M.821 XLIII), donde se interpone recurso extraordinario al plantear la inconstitucionalidad del art. 121 c de la Ley 24.660 respecto a la distribución del peculio del preso con relación a su trabajo intramuros, establece que "(…) *la readaptación social del penado resulta, indudablemente, no un mero objetivo de la ejecución de las penas privativas de la libertad, sino el objetivo "superior" de ese sistema (Verbitsky, Fallos 328:1146, 1186 y su cita-2005). Empero, es igual cierto que no por su elevado emplazamiento, dicho objetivo consiente toda medida por el solo hecho de que se la considere dirigida a su logro".*

La Cámara Nacional de Casación Penal también ha abordado la cuestión de la resocialización al tratar algunos casos sometidos bajo su jurisdicción. Así, en el precedente "*Marasco —CFCP— Sala II 1321/13, Causa 16.452, 17/9/2013*", donde se discutía la pertinencia de la prisión domiciliaria de una madre presa, se ha resuelto que: "*Si el fiscal de ejecución se expidió en sentido favorable a la concesión del arresto domiciliario, sin haber impuesto ninguna limitación temporal o condicionamiento, el juez se extralimitó en sus funciones al disponer el regreso de la encartada a la unidad cuando su hijo cumpliera los cinco años de edad, lo cual lesiona la garantía de imparcialidad del juzgador y afecta el derecho de defensa al impedir que la asistencia técnica pudiera alegar adecuadamente sobre ese extremo. La decisión de disponer automáticamente el regreso de la encartada a la unidad una vez cumplidos los cinco años de su hijo menor, se basa en una interpretación restrictiva de la ley, en desmedro del interés superior del niño. Las madres que se encuentren en conflicto con la ley penal, y sus hijos menores de edad, tienen derecho a que se conceda el arresto domiciliario, con el fin de preservar su vínculo materno-filial y su vida cotidiana, de modo tal que, cuando se den los supuestos previstos n la ley, la concesión de la medida debe constituir la regla. Teniendo en miras el interés superior del niño y el principio pro homine, el límite legal de cinco años previsto por la ley debe ser entendido de modo orientativo y nunca aplicarse ex ante en forma automática, pues un menor de edad aún puede requerir de los cuidados y protección de su progenitora pasado ese límite etario. El mantenimiento del vínculo materno-filial constituye un bien jurídico de primer orden, frente al cual la potestad punitiva del estado pasa a segundo término. Se contrapone con los principios que rigen el fin resocializador de la pena*

exigir a la imputada el reintegro al Servicio Penitenciario por el término de tres meses –oportunidad en que podría acceder a la libertad condicional".

Sin perjuicio de esto, es importante mencionar dos reformas que han impactado de forma directa en el ideal resocializador que pregona la LEP: las leyes 25.892 y 25.948, modificatorias del Código Penal en materia de ejecución penal.

La primera de las leyes añadió al art. 14 del Código Penal un párrafo que impide la concesión de la libertad condicional a las personas condenadas por los delitos previstos en los arts. 80, inc. 7 (homicidio *criminis causae*), 124 (abuso sexual seguido de muerte de la víctima), 142 bis, anteúltimo párrafo (secuestro coactivo cuyo resultado es la muerte de la víctima), 165 y 170, anteúltimo párrafo (robo seguido de muerte y secuestro extorsivo cuyo resultado sea la muerte de la víctima). Sobre esta restricción, algunos autores sostienen que la misma conspira entre otros puntos– contra el espíritu resocializador de la LEP, al considerar a la libertad condicional como una herramienta de reinserción social.

En forma posterior se sancionó la ley 25.948, mediante la cual se incorporó el art. 56 bis a la ley 24.660, el cual impide la concesión de los beneficios comprendidos en el período de prueba a las personas condenadas por los delitos mencionados en el párrafo anterior. Es decir, las personas condenadas por estos delitos tampoco podrán obtener los beneficios de la prisión discontinua, la semidetención ni la libertad asistida.

Sobre esto último, si bien oportunamente se han dictado dos fallos paradigmáticos y opuestos por la misma Sala de Casación[39], es importante señalar que existen planteos de inconstitucionalidad de estas leyes en virtud de considerar que las mismas conspiran contra el fin resocializador de la pena[40].

Entre los argumentos esgrimidos se puntualiza que dichas reglamentaciones resultan una afrenta directa a la manda constitucional de reinserción social, ya que propenden a limitar la permanencia de los presos en los establecimientos cerrados. Por ello, los planteos abogan por pautas objetivas que sostengan al principio de igualdad en el avance en la progresividad del tratamiento penitenciario, desechando criterios clasificatorios entre las personas privadas de libertad que no respondan a la mera pauta temporal.

1.2.4. Perspectiva de género en la ejecución de la pena

Tal como se menciona en la introducción de una de las investigaciones más avanzadas sobre el tema en los últimos años, "se ha observado un aumento sostenido de los índices

39. Nos referimos a los fallos dictados por la Cámara Nacional de Casación Penal, Sala I, "*Silber, Manuel Alfredo s/ recurso de casación*", causa nro. 3903, rta 11/11/02 y "*Castro, Miguel Angel s/recurso de casación*", causa N° 4340 reg. 4913, rta. 19/03/02.
40. No sólo los defensores han planteado la inconstitucionalidad de estas leyes, sino también así lo ha hecho la Unidad Fiscal de Ejecución Penal (UFEP), dependiente del a Procuración General de la Nación.

de exclusión social y del trato violento hacia los sectores más empobrecidos. Muestra de ello es el incremento sostenido de la tasa de encarcelamiento, que en el caso de las mujeres creció en forma exponencial[41]". En tal sentido, debe prestarse especial atención a las problemáticas que se observan en las mujeres dentro de los centros de detención, en torno a las condiciones de salubridad, trabajo y educación, los obstáculos de las mujeres presas con respecto al mundo exterior, las distintas formas de violencia que se despliegan sobre ellas, como así también el embarazo y la maternidad intra muros. Es decir, toda una serie de situaciaciones que no repecuten de forma tan negativa en los varones como en las mujeres, y que no han sido del todo visibilizadas en los debates públicos. Ello es advertido explícitamente por la comunidad internacional a través de las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de libertad para las mujeres delincuentes (denominadas *Reglas de Bangkok*), en cuaya observación primera menciona que "las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos se aplican a todos ellos sin discriminación, por lo que en su aplicación se deben tener en cuenta las necesidades y la situación concretas de todas las personas privadas de libertad, incluidas las mujeres. Sin embargo, en esas reglas aprobadas hace más de 50 años no se hacía suficiente hincapié en las necesidades especiales de las mujeres. Al haber aumentado la población penal femenina en todo el mundo, ha adquirido importancia y urgencia la necesidad de aportar más claridad a las consideraciones que deben aplicarse al tratamiento de las reclusas".

Cabe mencionar que la perspectiva de género implica:

a) reconocer las relaciones de poder que se dan entre los géneros, en general favorables a los varones, como grupo social y discriminatorio para las mujeres;
b) que dichas relaciones han sido constituidas social e históricamente y son constitutivas de las personas;
c) que las mismas atraviesan todo el entramado social y se articulan con otras relaciones sociales, como las de clase, etnia, edad, preferencia sexual y religión.

A su vez, esta perspectiva implica una serie de medidas que debería contemplar toda institución penitenciar, como ser una atención médica especializada, visitas íntimas (aun cuando sea del mismo género), condiciones de higiene digna, fuarderías infantiles dentro de la cárcel, servicios de atención a la salud y atención pediátrica dentro de la cárcel, reconocimientos médicos especializados al ingreso, tratamiento de enfermedades preexistentes y existentes, exclusión de mujeres embarazadas y/o con hijos para la aplicación de sanciones a las mujeres, capacitación del personal penitenciario en materia de género, casos de mujeres extranjeras presas, tratamiento de adicciones,

41. Cf. la investigación llevada cabo por el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), el Ministerio Publico de la Defensa y la Procuración Penitenciar de la Nación, publicada en *Libro Mujeres en prisión. Los alcances del castigo,* Siglo XXI, 2011. Tb. en versión *on line:* www.mpd.gov.ar/uploads/Mujeres%20en%20prision%20%20Los%20alcances%20del%20castigo.pdf

lesbianas, transexuales y transgénero, medidas de egresos anticipados para madres con hijos, defensore/as y personal penitenciario capacitado en cuestiones de género.

Se ha reconocido esta problemátaica en en una serie de instrumentos internaciones, donde se han consagrado especiales derechos para las mujeres en prisión. Muchos de ellos lo hiciron de forma genérica, a saber: la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), en cuyo arts. 2 ap. 2 y 12, establece la prohibición de medidas que impliquen la discriminación de la mujer y la obligación de los estados de adecuar las legislaciones internas bajo un criterio de igualdad entre mujeres y hombres, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (DADH), donde estableces, en su art. VII, la protección de la mujer en estado de gravidez o lactancia, la Convención Interamericana para Prevenir la Violencia contra la Mujer *"Convención de Belem do Pará",* que en el art. 4 inc. F, regula el derecho a igual protección de varones y mujeres ante la ley y de la ley. Pero son las denominadas *Reglas de Bangkok* las que han implicado un gran avance en la protección de los derechos de las mujeres, donde se regula su sitación especial[42].

A nivel nacional, los arts arts. 190 al 196 de la LEP establece las particularidades que deben tener los establecimientos para mujeres, los especiales cuidados que deben tener las mujeres presas embarazadas, y la facultad de las mujeres madres de niños de estar con ellos dentro de la prisión hasta que los mismos cumplan 4 años.

1.3. Estudio jurídico. Chile

1.3.1. Principios informadores del sistema penitenciario

1.3.1.1. Principio de reinserción

La normativa internacional de derechos humanos reconoce la reinserción social como finalidad de la pena al señalar, en el artículo 10, inciso 3, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, también, PIDCP), que "*El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados".*

42. Cf. asimismo el Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión (Conjunto de Principios): Principio II, mecanismos de discriminación positiva para mujeres; Principio x, regula la atención médica especializada; Principio XII ap. 2, establece las condiciones de higiene para mujeres; Principio XXI, 3er párr., dispone la prohibición de registros vaginales. También cabe mencionar las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (RMTR): Regla 6.1, garantía de no discriminación; Regla 8, alojamiento diferenciado conforme el género; Regla 23.1, exigencia de establecimientos diferentes para mujeres embarazadas; --Regla 53, obligación de que en los establecimientos mixtos, las mujeres estén custodiadas por funcionarios del mismo género. Por su parte, las Recomendaciones relativas al acceso a derechos de las personas privadas de libertad en Iberoamérica (Declaración de San José) dispone, en su Principio I. 4, la no discriminación por cuestiones de género en materia de trabajo intramuros), y en su Principio III.4, la no discriminación por cuestiones de género en cuanto actividades educativas. Asimsimo, su Principio IV regula cuestiones específicas de derechos de las mujeres privadas de libertad. Vease los siguientes estándares interamericanos: CorteIDH: *"CASO ATALA RIFFO Y NIÑAS VS CHILE":* Prohibicion de discriminacion por cuestiones de genero. CIDH: *"PENAL CASTRO CASTRO VS PERU"*: Primer caso de violencia de genero tratado por el sisteme interamericano.

En la misma línea las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, define los principios orientadores para la gestión penitenciaria y la práctica relativa al tratamiento de los internos al destacar que *"el fin y la justificación de las penas y medidas privativas de libertad son, en definitiva, proteger a la sociedad contra el crimen. Sólo se alcanzará este fin si se aprovecha el período de privación de libertad para lograr, en lo posible, que el delincuente una vez liberado no solamente quiera respetar la ley y proveer a sus necesidades, sino también que sea capaz de hacerlo" (Regla 58)*.

Finalmente, los Principios Básicos Para el Tratamiento de los Reclusos señalan que "*Se crearán condiciones que permitan a los reclusos realizar actividades laborales remuneradas y útiles que faciliten su reinserción en el mercado laboral del país y les permitan contribuir al sustento económico de su familia y al suyo propio*" (principio 8°), complementado por el principio 10° que indica que "*Con la participación y ayuda de la comunidad y de instituciones sociales, y con el debido respeto de los intereses de las víctimas, se crearán condiciones favorables para la reincorporación del ex recluso a la sociedad en las mejores condiciones posibles*".

A nivel regional, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, también, Comisión IDH), a través de los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas (2008), declara que "*El tratamiento a los condenados a una pena privativa de libertad debe tener por objeto inculcarles la voluntad de vivir conforme a la ley, promoviendo la reforma, rehabilitación y readaptación social. Para alcanzar estos fines, los Estados promoverán, de forma progresiva y según la máxima disponibilidad de sus recursos, la orientación vocacional y el desarrollo de proyectos de capacitación técnico profesional, de manera suficiente, permanente y adecuada, fomentando la participación y la cooperación de la sociedad*" (principio XIV).

La misma Comisión, también ha indicado que se "*deben tener objetivos bien determinados, que no pueden ser excedidos por la actividad de las autoridades penitenciarias ni aun bajo el manto del poder disciplinario que les compete, y, por tanto, el recluso no deberá ser marginado ni discriminado sino reinsertado en la sociedad. En otras palabras, la práctica penitenciaria deberá cumplir un principio básico: no debe añadirse a la privación de libertad mayor sufrimiento del que esta represent*a" (CIDH, 2011: 131).

Respecto de las mujeres, las Reglas de Bangkok enfatizan que "*las reclusas tendrán acceso a un programa de actividades amplio y equilibrado en el que se tendrán en cuenta las necesidades propias de su sexo […]. Se procurará, en particular, establecer programas apropiados para las embarazadas, las madres lactantes y las reclusas con hijos*". Además, "*se procurará, especialmente, establecer servicios apropiados para la reclusas con necesidades de apoyo psicológico, especialmente para las que hayan sido víctimas de maltrato físico, psicológico o sexual*" (Regla 42, numerales 1, 3 y 4).

En Chile, la norma constitucional no se refiere a la reinserción social, como sucede en otros países de la región. No obstante, sí es recogida en la Ley Orgánica del Ministerio

de Justicia[43] que señala, en su artículo 2° letra c), ser tarea de dicha entidad "*formular políticas, planes y programas sectoriales, en especial respecto (…) del tratamiento penitenciario y la rehabilitación del reo", encomendándole también la misión de "crear establecimientos penales y de tratamiento y rehabilitación penitenciarios*" (artículo 2 letra l)).

Este reconocimiento es reiterado en la Ley Orgánica de Gendarmería de Chile[44] al indicar que la misión de Gendarmería de Chile es "*atender, vigilar y contribuir a la reinserción social* " de las personas detenidas o privadas de libertad (artículo 1°), especificando entre sus funciones la de "*contribuir a la reinserción social de las personas privadas de libertad, mediante la ejecución de acciones tendientes a eliminar su peligrosidad y lograr su reintegración al grupo social"* (artículo 3, letra f); asimismo, indica que corresponde a la Subdirección Técnica *"desarrollar los programas y proyectos institucionales tendientes a la reinserción social de las personas atendidas en los distintos sistemas"* (artículo 8 inciso 1º).

Por su parte, el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios determina 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…*" (Artículo 1°), existiendo un título del Reglamento dedicado a especificar las actividades conducentes a este objetivo (artículo 92 y siguientes).

1.3.1.2. Principio de legalidad

El derecho penitenciario se vincula con el derecho penal y procesal penal mediante el principio de legalidad, en su modalidad de garantía de ejecución. Se exige no sólo que la ley fije los comportamientos definidos como delictivos (garantía penal)**;** que establezca taxativamente las sanciones jurídico-penales que se derivan de la comisión de los delitos (garantía criminal) y que tanto la existencia del delito como la imposición de la pena se determinen en una sentencia judicial y según un procedimiento legalmente establecido (garantía jurisdiccional), sino que se requiere también que la forma de cumplimiento de las penas y medidas de seguridad se lleve a cabo conforme a lo prescrito por la ley y los reglamentos que la desarrollan (Mir Puig, 2012: 23) –con la claridad de que estos últimos instrumentos no reemplazan a la ley, sino que la interpretan y desarrollan dentro de los márgenes establecidas en la norma de rango superior. Esta garantía se refiere al último momento del proceso punitivo y se manifiesta a través de leyes de ejecución de penas, que deben regular las características cualitativas de la pena y de qué manera se va a desarrollar su ejecución (Rivera y Salt, 2005: 199).

De este principio deriva la garantía de reserva legal en términos de que la intervención del Estado restrictiva de los derechos fundamentales del interno sólo puede hacerse por medio de o en base a una ley formal (Arocena, 2011: 43).

43. Decreto Ley Nº 3.346, de 1980.
44. Decreto Ley N° 2.859.

A nivel interamericano, el principio de legalidad se encuentra recogido en el Principio VIII de los Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas: "*Principio VIII. Derechos y restricciones. Las personas privadas de libertad gozarán de los mismos derechos reconocidos a toda persona en los instrumentos nacionales e internacionales sobre derechos humanos, a excepción de aquéllos cuyo ejercicio esté limitado o restringido temporalmente, por disposición de la ley y por razones inherentes a su condición de personas privadas de libertad*".

A nivel nacional, nuestra legislación lo establece en el artículo 19 N° 7 letra b) de la Constitución Política de la República al establecer, dentro del derecho a la libertad personal y a la seguridad individual, la garantía de que: *"Nadie puede ser privado de su libertad personal ni ésta restringida sino en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes"*. Concretizando la garantía constitucional, el artículo 80º inciso 1º del Código Penal señala: *"Tampoco puede ser ejecutada pena alguna en otra forma que la prescrita por la ley, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto"*.

La garantía de reserva legal debe, por su parte, aplicarse dentro de los márgenes constitucionales establecidos en el numeral 26 del artículo 19º, esto es, los preceptos legales que regulen o complementen las garantías que la Constitución establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no pueden afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.

No obstante el reconocimiento constitucional y legal al principio de legalidad, lo cierto es que en nuestro sistema de ejecución de penas existe una abierta infracción a él. Los derechos de los internos, y los presupuestos para sus limitaciones o restricciones, se encuentran regulados, en su gran mayoría, en un decreto supremo del Ministerio de Justicia (Decreto Supremo N° 518, de 22 de mayo de 1998 que establece el Reglamento de establecimientos penitenciarios) que emana de la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo. Chile carece, por lo tanto, de una ley de ejecución de penas privativas de la libertad.

Si entendemos la reserva legal como garantía del derecho fundamental, en cuanto éste solo puede ser limitado mediante una decisión sometida a diversos controles y que cuenta con una base democrática de legitimación, debemos concluir que los derechos fundamentales de los internos privados de libertad están devaluados, en tanto carecen de dicha protección. Ello conlleva a su vez una afectación al derecho de acceso a la justicia en tanto este comprende una adecuada protección normativa de los derechos, de la cual carecen los condenados, y una afectación al derecho de igualdad ante la ley ya que las limitaciones a derechos constitucionales de un imputado en prisión preventiva, de un condenado que cumple su pena en el medio libre o de un ciudadano libre están sometidos a estándares completamente desiguales.

1.3.1.3. Principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad en nuestra normativa penitenciaria se recoge, de manera general, en el artículo 6º inciso 1º del Reglamento de establecimientos penitenciarios: *"ningún interno será objeto de un rigor innecesario en la aplicación de las normas del presente reglamento"*. Este principio será tratado en forma detallada en el capítulo 10.3 de esta obra, al referirnos al régimen disciplinario.

1.3.1.4. Principio de control jurisdiccional

La exigencia de fiscalización judicial de la privación de la libertad no es sino una manifestación específica del deber estatal de conceder acceso al control judicial de cualquier acto de la administración que afecte o pueda afectar derechos o libertades fundamentales de las personas. Sin embargo, la especial situación que se pretende regular, privación de la libertad, justifica una necesidad de control judicial más celoso, más atento. En efecto, la estrecha y continúa interrelación entre el agente penitenciario y el interno favorece la generación de conflictos y, con ello, el peligro constante de afectación de los derechos fundamentales del interno, por lo que un control intenso de la actividad de la administración penitenciaria resulta imperativo (Cesano y Reviriego, 2010: 131). Este principio se desarrolla con más detalle en el Capítulo 4.3 "El control judicial de la ejecución de la pena".

1.3.2. La relación jurídica del recluso con el Estado

1.3.2.1. La relación de sujeción especial

Cuando se aborda el tema de la relación jurídica entre el recluso y el Estado, no es posible dejar de hacer referencia ni de abordar la Teoría de las relaciones de sujeción especial, que tiene su origen en el derecho administrativo alemán del siglo XIX y que fue llevada al ámbito del derecho penitenciario como justificación de una serie de restricciones a los derechos de las personas privadas de libertad y a los mecanismos de control y tutela.

Según Bacigalupo, las relaciones de sujeción especial "*hacen referencia a relaciones estrechas entre el Estado y el ciudadano, referido particularmente a las relaciones que se dan en la escuela pública, los establecimientos penitenciarios y, en general, a las relaciones que se generan dentro de establecimientos públicos, así como a las que existen entre el Estado y los funcionarios o los sometidos a la prestación del servicio militar*" (Rivera, 2006: 511). La consecuencia de tal teoría es que el ciudadano enmarcado en una de las relaciones de sujeción especial es incluido en el ámbito administrativo con el resultado que los derechos fundamentales y la reserva de ley no tienen validez, al poseer la administración una facultad o un ámbito para regular las relaciones dentro de tales situaciones (Rivera, 2006: 511). Según Mapelli Caffarena, ello implicó que las normas que regulaban la ejecución de las penas privativas de libertad fueran normas interiores del Estado, el cual, en la prestación de determinados servicios establecía una especie de régimen doméstico en un espacio libre del derecho, que se traducía, en relación a los

reclusos, en un estatus jurídico en extremo sencillo en el que todo son obligaciones y apenas se reconocen derechos (Rivera, 2006: 511).

Sin perjuicio de que en los sistemas penitenciarios comparados la vigencia de esta teoría ha seguido distintos momentos y desarrollos[45], en nuestro país, las restricciones a los derechos fundamentales de los reclusos se siguen realizando a través de normas reglamentarias. A ello se suma que la judicatura, en todas las instancias, no realiza un control jurisdiccional efectivo de la actividad penitenciaria vulneradora de los derechos fundamentales de las personas recluidas en establecimientos penitenciarios, lo que denota una cierta adhesión a la doctrina de las relaciones de sujeción especial, la que si bien no es desarrollada en los fallos en términos conceptuales o teóricos, al menos se ha convertido en un paradigma desde el cual la judicatura concibe jurídica y conceptualmente la relación entre el recluso y la autoridad penitenciaria (Unidad de Defensa Penitenciaria de la Defensoría Penal Pública, 2011: 2).

1.3.2.2. Posición especial de garante del Estado

En el Derecho Internacional de los Derechos Humanos el responsable de las violaciones a los derechos humanos son los Estados y no los particulares. El Estado responde por los actos u omisiones cometidas por sus funcionarios públicos (poder ejecutivo, legislativo y judicial) y excepcionalmente por los actos de los particulares cuando el Estado ha tolerado o no ha sido capaz de cumplir con su deber de "*control y represión*".

Las obligaciones asumidas por los Estados se encuentran establecidas en los artículos 1º y 2º de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, también, CADH) y son la obligación de respeto, la obligación de garantía de los derechos y libertades consagrados internacionalmente, cualquiera sea el tipo de documento en el que se consagre y el respeto del principio de igualdad y no discriminación respecto de cada derecho (Nash, 2012: 33).

La obligación de respeto consiste en cumplir directamente la conducta establecida en cada norma convencional, ya sea absteniéndose de actuar o dando una prestación (Nash, 2012: 34). Por su parte, la obligación de garantizar los derechos humanos implica siempre medidas positivas, exige del Estado un hacer, esto es, promover a través de sus órganos la posibilidad real y efectiva de que las personas sujetas a su jurisdicción ejerzan los derechos y disfruten las libertades que se les reconocen (Nash, 2012: 35). De esta obligación surge el deber de los Estados de prevenir, investigar, sancionar y reparar toda violación a los derechos humanos.

45. En Alemania, el Tribunal Constitucional, mediante un fallo fundamental de 14.03.1972, estableció claramente que también los derechos fundamentales de los reclusos sólo podían ser restringidos mediante o en base a una ley, determinando que la teoría de las relaciones de sujeción especial en el ámbito penitenciario no era compatible con la constitución (Kaiser/Schöch, 2003:29, Strafvollzug. Editorial C.F. Müller, Heidelberg).

Tanto la Comisión como la Corte interamericanas han señalado que de las obligaciones generales de respetar y garantizar los derechos, derivan deberes especiales, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre (Informe Comisión IDH: 2011: 17 y ss.). Surge un mayor nivel de compromiso del Estado frente a las personas que se encuentran en una situación o condición especial de vulnerabilidad[46].

La privación de la libertad genera una dependencia absoluta de la persona a las decisiones de la autoridad estatal. Ésta ejerce un control total sobre la persona bajo su custodia y la coloca en una situación de sujeción especial frente al Estado. Por lo anterior, la Corte IDH ha señalado que la privación de la libertad genera consecuencias jurídicas especiales para los Estados.

El Estado asume una *posición especial de garante* de los derechos fundamentales de esas personas, en especial de los derechos a la vida e integridad personal, derechos que son inderogables, básicos y fundamentales para el ejercicio de cualquier otro derecho humano.

Se genera una *presunción de responsabilidad internacional del Estado* frente a violaciones de los derechos a la vida y/o integridad personal que se cometan contra personas bajo su custodia, debiendo el Estado demostrar lo contrario.

> *"Ante esta relación e interacción especial de sujeción entre el interno y el Estado, éste último debe asumir una serie de responsabilidades particulares y tomar diversas iniciativas especiales para garantizar a los reclusos las condiciones necesarias para desarrollar una vida digna y contribuir al goce efectivo de aquellos derechos que bajo ninguna circunstancia pueden restringirse o de aquellos cuya restricción no deriva necesariamente de la privación de libertad y que, por tanto, no es permisible. De no ser así, ello implicaría que la privación de libertad despoja a la persona de su titularidad respecto de todos los derechos humanos, lo que no es posible aceptar"* (Caso Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay, sentencia de 2 septiembre de 2004).
>
> *"La posición de garante significa que el Estado debe hacerse responsable de todo lo que ocurra con las personas que están bajo su custodia, en especial, de la observancia del derecho a la integridad personal. Por tanto, se presume la responsabilidad del Estado en caso de torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes que exhibe una persona que ha estado bajo la custodia de los agentes estatales, si las autoridades: i) no han realizado una investigación*

46. 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad: (3) "*se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico*"; (4) "*Podrán constituir causas de vulnerabilidad (….) la privación de libertad*".

seria de los hechos; ii) procesado a quienes aparecen como responsables. En estos casos recae sobre el Estado la obligación de proveer una explicación satisfactoria y convincente de lo sucedido y desvirtuar las alegaciones sobre su responsabilidad" (Caso Baldeón García vs. Perú, 2006).

La Comisión IDH ha señalado que el rol de garante del Estado es una tarea compleja que le corresponde a todos los poderes del Estado:

"Por otro lado, la Comisión considera que el ejercicio por parte del estado de su posición de garante de los derechos de las personas privadas de libertad es una tarea compleja en la que confluyen competencias de distintas instituciones del estado. Que van, desde los órganos ejecutivo y legislativo, encargados de trazar políticas penitenciarias y legislar el ordenamiento jurídico necesario para la implementación de tales políticas, hasta entidades administrativas y autoridades que ejercen sus funciones directamente en las cárceles. Está en manos de la judicatura, además de la tramitación de las causas penales; el control de la legalidad del acto de la detención; la tutela judicial de las condiciones de reclusión; y el control judicial de la ejecución de la pena privativa de la libertad. En este sentido, la CIDH ha constatado que las deficiencias de las instituciones judiciales tienen un impacto directo, tanto en la situación individual de los privados de libertad, como en la situación general de los sistemas penitenciarios" (Comisión IDH, 2011: 20 y 21, Informe sobre los Derechos Humanos de las personas privadas de libertad en las Américas).

1.3.3. Perspectiva de género en el sistema penitenciario

El estudio de la mujer, desde una óptica feminista, ha generado una de las rupturas más importante de los últimos años en diversas disciplinas. Su importancia reside en romper con la invisibilidad de la mujer en los estudios y abordajes que enfocan la perspectiva masculina como universal y como prototipo de lo humano. Esa línea de pensamiento se justificó bajo los argumentos de la inclusión tácita de la mujer en las referencias masculinas, y del exceso de especificidad en estudios o investigaciones con un parámetro exclusivamente femenino (Facio y Camacho, 1993: 30). Sin embargo, diversos trabajos han demostrado que observar al hombre no siempre significa incluir a la mujer, especialmente cuando en ámbitos como el sistema criminal su presencia numérica es menor (Espinoza, 2004).

Cuando surgieron los postulados feministas, su enfoque principal se concentró en la necesidad de visibilizar a la mujer y promover su presencia en un ámbito que no fuera solo privado, es decir, que tuvieran acceso a los beneficios de su participación en el mercado de trabajo y en otros contextos de poder. Sin embargo, con el transcurso de los años, el feminismo, tal como fue concebido originalmente, se fue desarrollando y complementando (Espinoza, 2002). Una de las visiones más recientes es la que reconoce la perspectiva de género como óptica de análisis, entendiendo ésta como las relaciones culturales y de poder que van a

facilitar o limitar la interacción entre hombres y mujeres o entre cada uno de estos grupos (Casas y Espinoza, 2006).

En el ámbito criminológico, la perspectiva de género ha sido desarrollada por una vertiente de la criminología identificada como "*Criminología Feminista*", cuyos aportes, de perfil más crítico, ofrecieron nuevas aproximaciones que cuestionaron las tesis tradicionales de la criminología positivista, promoviendo un debate sobre los estereotipos basados en el sexo y explicitando los límites de una criminología positivista, en tanto instrumento de control y de preservación del *status quo* (Parent, 1992: 75). Quienes defienden la criminología feminista comprenden la intervención penal como una de las facetas del control ejercido sobre las mujeres, una instancia en la que se reproducen e intensifican las condiciones de opresión mediante la imposición de un padrón de normalidad[47]. Para esta corriente criminológica, la mujer que delinque no debe ser más el punto de partida, pues se deben explorar las circunstancias que afectan no sólo a las mujeres agresoras, sino también a las demás mujeres, así como a los grupos marginalizados, de personas desprovistas de poder, socio-económicamente desfavorecidas y a los grupos pertenecientes a identidades étnicas específicas (Parent y Digneffe, 1994: 93).

Los estudios de la criminología feminista o la criminología bajo una perspectiva de género, en la medida que buscaron atender las necesidades y los intereses de las mujeres y de otros grupos vulnerables, posibilitaron la superación de algunos límites de la criminología más tradicional. Así, relevaron la importancia de introducir la interdisciplinariedad en cualquier tipo de abordaje (Biron, 1992); han cuestionado la sociedad como estructura que legitime desigualdades; han propiciado la importancia de generar empatía con "*el otro*", es decir, con la persona procesada o condenada con la que se deba trabajar (en calidad de defensor, juez, fiscal, agente penitenciario, investigador, etc.) de tal forma que se humanice el conflicto que subyace a la relación; y han promovido la superación de la oposición de sexo, a fin de evitar el desgaste de energías en la búsqueda de diferencias que justifiquen abordajes distintos, identificando a las mujeres imputadas en el conjunto de grupos excluidos.

Por lo expuesto, se debe estimular la producción de análisis que adopten la perspectiva de género para mirar a la mujer y a todos los individuos insertos en el sistema punitivo, incorporando una mirada crítica de la propia estructura del sistema, "*deconstruyendo el universo de las formas tradicionales de legitimación punitiva y procurando soluciones más equitativas, que valoricen las situaciones concretas en las que evolucionan los diferentes protagonistas de la intervención penal*" (Parent y Digneffe, 1994: 102).

En el plano normativo, se puede afirmar que la comunidad internacional se había planteado, desde hace varios años, la importancia de desarrollar un conjunto de normas

47. Tomando en consideración el reducido número de mujeres que pasan por el sistema penal, es preciso analizar las otras formas de control que les afectan (controles informales de la familia, escuela, religión, vecindario, etc.) y las consecuencias que implica no ajustarse a esos controles y transgredir las normas sociales (Espinoza, 2003).

que adaptasen los principios y reglas establecidos en 1955 para regular la situación de los privados de libertad (Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos), así como de quienes cumplen condenas en libertad (Reglas de Naciones Unidas sobre medidas no privativas de libertad, también conocidas como Reglas de Tokio). Esta necesidad se sustenta en el reconocimiento de que las mujeres constituyen un grupo vulnerable que posee necesidades y requisitos específicos, y que muchas veces se encuentran invisibilizadas en las políticas públicas destinadas a regular el sistema criminal y penitenciario.

El 21 de diciembre del año 2010, surgen las Reglas de Bangkok con el objetivo de aclarar y complementar las disposiciones contenidas en las normas internacionales referidas, buscando con ello mejorar la situación de las mujeres, de sus hijos y de la colectividad.

Sus destinatarios son las autoridades penitenciarias y los órganos de justicia penal (decisores de políticas públicas, legisladores, fiscales, jueces, defensores y agentes penitenciarios en contextos de privación y no privación de libertad) que administran o determinan el cumplimiento de sanciones privativas y no privativas de libertad.

Las 70 reglas contenidas en esta norma abordan aspectos relacionados a la vivencia de las mujeres dentro del sistema de justicia penal, pudiendo mencionarse los siguientes:

1. Sobre las Reclusas bajo arresto y en espera de un juicio: acceso a medidas no privativas de la libertad, disposiciones post-sentencia.
2. Sobre las Reclusas cumpliendo sentencia: clasificación e individualización, el régimen penitenciario, relaciones sociales y atención después de la liberación, incluyendo:
   a. Ingreso: registro y asignación.
   b. Higiene personal.
   c. Servicios de salud: chequeo médico preventivo al ingresar, atención médica específica para su género, servicios de salud mental y servicios médicos, prevención del VIH y el SIDA, tratamiento, atención y apoyo, programas para tratar el abuso en el consumo de sustancias, suicidio y autolesión, servicios de salud preventivos, respuesta ante acusaciones por violación sexual u otro tipo de violencia y tortura.
   d. Seguridad personal y medidas de seguridad en las instalaciones, cacheos (revistas).
   e. Disciplina y castigo: instrumentos restrictivos, informar a las reclusas y escuchar sus quejas, inspecciones.
   f. Contacto con el mundo exterior.
   g. El personal institucional y su capacitación.
3. Sobre las necesidades específicas de: mujeres embarazadas, madres lactando, madres con hijos/as en edad dependiente, las delincuentes menores de edad, mujeres extranjeras, mujeres de grupos minoritarios, mujeres indígenas.
4. Sobre la necesidad de investigar, planear y evaluar, despertar conciencia pública, compartir información y capacitar a la comunidad en general.

Capítulo 2. Derechos y deberes de los privados de libertad

2.1. Introducción

2.1.1. Los Derechos Fundamentales en el marco de la ejecución de la pena privativa de libertad

A pesar de la retracción del derecho en las prisiones, el sistema penitenciario preserva para los privados de libertad la plena vigencia de los derechos fundamentales, salvo en aquello que se ve constreñido por la ejecución de la pena o de la orden de prisión. Este compromiso es generalmente asumido por los textos constitucionales y, desde luego, por los internacionales. Así, por ejemplo, la CADH señala que "*toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano*" (artículo 5). En gran medida las leyes fundamentales son textos legales de constante referencia para determinar el alcance de los derechos reservados a los condenados y los límites y condiciones en las que se ejecuta la pena de prisión en un Estado democrático de Derecho.

En consecuencia la intensidad de esos límites y las causas que pueden originarlos viene también establecida por la jurisprudencia constitucional y por los tribunales internacionales. Unos y otros han venido a consolidar una doctrina que puede resumirse en las siguientes directrices:

- Los privados de libertad se integran en una institución preexistente y que proyecta sobre ellos su autoridad. Esta circunstancia legal da lugar a una condición jurídica diferente de personas particularmente sujetas a los poderes públicos que no es la que, con carácter general, existe sobre el común de los ciudadanos.
- Esta relación especial de sujeción es una fuente de restricción de los derechos fundamentales de las personas que afectan, en primer lugar, al principio de legalidad, de forma que la reserva de ley de las restricciones de aquellos derechos en el ámbito penitenciario se cumple, adecuadamente, cuando se asegura que los privados de libertad puedan recibir una información con suficiente precisión para entender el contenido de esos límites para que pueda prever razonablemente las consecuencias

que se pueden derivar de la ejecución de determinadas conductas. En virtud de esta sujeción especial y en virtud de la efectividad que entraña ese sometimiento singular al poder público, el *ius puniendi* no es el genérico del Estado, y en tal medida la propia reserva de ley pierde parte de su fundamentación material, dado el carácter en cierto modo insuprimible de la potestad reglamentaria o dispositiva expresiva de la capacidad propia de autoordenación correspondiente para determinar en concreto las pretensiones legislativas abstractas sobre conductas identificables como antijurídica en el seno de la institución.

Las anteriores reflexiones procedentes de la jurisprudencia constitucional española se han atemperado, en la actualidad, hasta el extremo de que se admite que la condición de penado no genera una suerte de sujeto con un status jurídico debilitado, sino de sujeto con un status restringido. Restricción que solo afecta a derechos fundamentales directamente relacionados con la pérdida de la libertad ambulatoria. Los condenados a pena de prisión solo son condenados a la perdida de la libertad ambulatoria, la prisión es el castigo, en si misma considerada, no es un medio para aplicar otros castigos, como lo fue en sus orígenes. Luego tan solo está legitimada la pérdida de la libertad ambulatoria. Así lo ha establecido como doctrina jurisprudencial el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Hirst c. Reino Unido en el 2005:"*los reclusos continúan disfrutando de todos sus derechos fundamentales y libertades garantizadas por el CEDH con excepción del derecho a la libertad…Cualquier restricción sobre otros derechos deberá estar justificada*".

Los derechos fundamentales no tienen carácter absoluto ni irrestrictivo, ni siquiera la vida goza de una protección total, porque la búsqueda de una civilizada convivencia puede justificar determinadas restricciones. El origen de esas limitaciones puede ser explicito cuando viene previsto en los textos constitucionales o autorizados por estos o implícitos cuando nacen de la colisión de derechos. Las limitaciones en el ejercicio de estos derechos deben estar recogidas en un texto de rango legal ("*Las personas privadas de libertad gozarán de los mismos derechos reconocidos a toda persona en los instrumentos nacionales e internacionales sobre derechos humanos, a excepción de aquéllos cuyo ejercicio esté limitado o restringido temporalmente, por disposición de la ley y por razones inherentes a su condición de personas privadas de libertad*". Principio VIII. Buenas prácticas sobre protección de personas privadas de libertad en las Américas). En el ámbito penitenciario ha de prestarse un especial interés a las técnicas de remisión normativa; la ley ha de ofrecer un mínimo contenido material y la norma inferior ha de ser dependiente y subordinada a la ley habilitante, de forma que no puede admitirse que una remisión termine deslegalizando los contenidos de aquella.

Pero los derechos cuyo ejercicio se limita no pueden estar negados de forma absoluta, en ningún caso, se puede afectar el núcleo de los mismos y se verá afectada su esencia cuando resulte incompatible con el orden democrático. Así, por ejemplo, la perdida de libertad ambulatoria no permite ejecutar la pena de modo que el sujeto permaneciese todo el tiempo internado en una celda. La legislación tiene que asegurar que el condenado pueda disfrutar de espacios de libertad restringida —patios y otras zonas comunes— durante la ejecución de la pena.

- Toda limitación de los derechos fundamentales tiene un carácter excepcional, de donde se derivan tres compromisos: el primero, que estas limitaciones deben ser provisionales, el segundo, que para proceder a restringir un derecho fundamental deben concurrir razones graves y sustanciales y, el tercero, que en caso de dudas debe de operarse con el principio de *in dubio pro libertatis*, es decir, salvaguardar el derecho es siempre prioritario en esas circunstancias. Ni las meras sospechas, ni criterios formales justifican que se vean afectados los derechos que no están embridados directamente con la libertad ambulatoria. Especialmente, contundentes se muestran los textos internacionales en relación a la vida y la integridad ("*toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral*" Artículo 5. Convención Americana sobre Derechos Humanos), en ningún caso pueden crearse situaciones legales que pongan en peligro la vida del condenado, pero, incluso, frente a aquellos otros derechos que caben ciertas restricciones se exige expresamente que concurran razones excepcionales. Así, por ejemplo, el artículo 15 de la precitada Convención señala que el ejercicio de los derechos democráticos solo puede limitarse "*en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás*". Estas razones no pierden su vigencia en el escenario penitenciario.

La condición de persona, del condenado, le hace acreedor de nuevos derechos que tienen su origen en el modelo social del Estado moderno, cuyo objetivo es promocionar a las personas, lo que en el ámbito penitenciario se traduce en la obligación del Estado de asegurar unos servicios durante la ejecución que le permitan alcanzar una reinserción pacífica tras su liberación.

Por último, tampoco los privados de libertad, a pesar de su diversa sujeción con los poderes públicos puede perder derechos inalienables como son la vida o la salud, la libertad ideológica y religiosa, ni ser sometidos a tratos inhumanos y degradantes. La relación de derechos inalienables ha quedado expresamente reconocida.

2.1.2. La teoría de la relación especial de sujeción

La frecuencia con que es invocada por la jurisprudencia la teoría de las relaciones especiales de sujeción para debilitar los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad justifica que le dediquemos un apartado. En sus aspectos esenciales la referida teoría viene a decir lo siguiente:

- Conforme a una clásica concepción del Estado su actividad cuando es puramente administrativa no formaba parte del Derecho. Quedaban, pues, fuera del ámbito jurídico todas aquellas actividades propias de la Administración, como son la reglamentación, la edición de bandos o las órdenes de organización y servicios dirigidas a los funcionarios. Allí donde no se establece una relación entre iguales sino que existe un poder arbitrario o de sujeción entre las partes no puede hablarse de relaciones jurídicas. El

contenido de la norma jurídica solo puede consistir en una delimitación de derechos y deberes de los ciudadanos que entran en un conflicto paritario entre sí.

- Si el Estado actúa con libertad y, por tanto, no existe encuentro de voluntades solo es posible hablar de normas técnicas. De la misma manera que no pueden considerarse normas jurídicas aquellas que rigen aspectos de la vida doméstica de una familia. Esta posibilidad de encontrar espacios libres a la limitación que comporta toda norma jurídica se explica en su propia concepción del Estado como entidad superior al Derecho. El Estado no nace del Derecho sino que asume los ámbitos jurídicos como autolimitación de su propio poder. Cuando aquel actúa fuera del Derecho solo se encuentra sometido al dominio político o ético.
- El Estado es pues libre para regular el ámbito interno del poder de la Administración. Las relaciones que establece en el ejercicio de su soberanía son de carácter externo, cuando regulan relaciones generales con los ciudadanos, e interno, cuando se refieren a las relaciones especiales con determinados grupos de personas que por lo general guarda con el Estado un específico deber de lealtad ("*círculo interno del Estado*"). Esto explica que la sanción disciplinaria sea más una respuesta a una conducta infiel que a una infracción, especialmente cuando las relaciones de sujeción se entienden fundadas en la soberanía del Estado. A diferencia del ilícito penal el administrativo se agota con la lesión al principio de lealtad, es decir, con la frustración de unas expectativas sin necesidad de que este llegue a concretarse en la infracción normativa. La siguiente cita de Mayer ilustra hasta qué punto el administrativista alemán entendía la responsabilidad disciplinaria como una responsabilidad de autor. "*La oportunidad de la pena*, señala Mayer, *así como su forma son aspectos que entran en la apreciación del interés del servicio. Por lo tanto, el poder disciplinario no lleva ante los ojos una venda por cuyas estrechas aperturas solo se ve una parte de la realidad, aquella que constituye la materia del delito, sino que tiene en cuenta también los antecedentes meritorios y las perspectivas de enmienda que el culpable puede ofrecer, el daño inferido por el castigo al nombre del funcionario, el mal ejemplo, que, por otro lado, podría causar su impunidad en los funcionarios, en fin, todo lo que la prudencia política puede hallar digno de consideración*"
- Planteado en estos términos, desde el momento en que el órgano sancionador no es a la antinormatividad de la conducta a donde debe prestar atención sino a la persona sometida a la potestad disciplinaria, es del todo innecesario que la norma de conducta esté configurada con precisión. Dicho en otros términos ni el principio de reserva de ley, ni la taxatividad que requiere el principio de legalidad ofrecen funciones garantistas cuando nos encontramos ante una manifestación del derecho de autor. Esta consideración es conveniente tenerla en cuenta ya que es frecuente encontrar en la doctrina y, sobre todo, en la jurisprudencia como único argumento para excepcionar ambos principios frente a la potestad disciplinaria de la administración la presencia de unas relaciones especiales de sujeción, cuando en realidad se trata solo y exclusivamente de perpetuar una manifestación del Estado autoritario.

Tras la teoría de la relación especial de sujeción basada en la soberanía del Estado subyace la idea del Estado absoluto en el que los intereses del mismo no solo son autónomos respecto de los intereses de los ciudadanos sino también antagónicos. Frente a esas posiciones hoy es generalmente admitido que el Estado carece de intereses propios, que se trata solo de un instrumento al servicio de los intereses de la sociedad y que, por lo tanto, solo ejerce un poder vicarial. La diferenciación entre los intereses internos y externos propicia que el interés interno del Estado termine confundiéndose con los conceptos de "*jerarquía*", "*dominio*" o "*lealtad*". Conceptos que inevitablemente han de verse potenciados si la diferenciación determina el fundamento de relaciones específicas y la génesis de ámbitos de restricción de los derechos fundamentales al margen del derecho. El reconocimiento de un orden doméstico permite ya de por sí recrearse en la idea de una Administración liberada de los controles de garantía del Estado de Derecho.

Especialmente útil resultaba la idea de la supremacía para explicar cómo en el marco de unas relaciones especiales de sujeción también perdía su vigencia el principio de reserva de ley. La propia administración, como ha señalado en reiteradas ocasiones el Tribunal Constitucional español, ejerce una capacidad de autocontrol y la reserva de ley pierde parte de su fundamento. Si grave es que la Administración pueda ejercer la potestad disciplinaria esgrimiendo tan solo una pretendida relación de supremacía, más grave aún resulta el hecho de que dicha actividad pudiera llevarse a cabo al margen de la ley, tan solo por vía reglamentaria. La doctrina administrativista reaccionó críticamente considerando que se extrapolaba el ámbito propio de la autotutela administrativa para ejercer una heterotutela que burla los controles de legalidad y judicialidad.

Por lo demás, la propia idea de dependencia que subyace en aquellas posiciones parece cuando menos contradictoria con la concepción democrática del Estado de Derecho. Y así en Mayer ya encontramos una preocupación por explicar las relaciones de sujeción más allá de la idea general de supremacía del Estado. Mayer define aquellas como "*una acentuada dependencia que se establece, en favor de un determinado fin de la Administración pública, para todos aquellos que entren en esa prevista estructura especial*". Si esta concepción autoritaria del Estado no se compadece con la idea de servicio que preside las relaciones del estado moderno con las personas, todavía resulta mucho más complicado de admitirlas para justificar el sometimiento de los privados de libertad a un control en un espacio libre de Derecho.

Pretender enervar, como, en no pocas ocasiones, se ha hecho, los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad —derecho a la salud, a la educación, a la familia, al trabajo, etc.— en base a las relaciones que estos tienen con la Administración no solo está reñida con la concepción democrática del Estado de Derecho, sino que también está en franca contradicción con los objetivos de reinserción social que recogen las constituciones y los textos internacionales.

2.1.3. El status jurídico del interno

I. Del reconocimiento de la validez de los derechos fundamentales y de la diversidad que algunos tienen para los privados de libertad resulta la necesidad de elaborar un status jurídico penitenciario. Ciertamente, esta construcción no está exenta de problemas y quizás por ello no todas las legislaciones nacionales o, incluso, textos internacionales han catalogado de forma ordenada la relación de derechos y deberes que preside las relaciones entre los privados de libertad y las administraciones penitenciarias. En efecto, la propia idea del status parece estar en contradicción con las tesis que defiende que no hay diferencias entre los condenados y las personas libres, que permita elaborar una micro constitución penitenciaria; los privados de libertad son sujetos de pleno derecho, en tanto, esa condición, no se haga insoportable con el ejercicio de ciertos derechos, como son la libertad ambulatoria y otros directamente asociados a ella como el derecho a elegir residencia, derecho a la educación de los hijos, etc.

Por otra parte, las catálogos cerrados de derechos y deberes no solo no ofrecen seguridad jurídica, ni mayor respeto a la legalidad, sino que, en ocasiones, entorpecen la protección de esos derechos, cuando, por ejemplo, el legislador dejó de mencionar en los catálogos algunos de ellos o cuando los referidos catálogos no están actualizados, planteándose, entonces, serias dudas sobre si los nuevos derechos, no catalogados, lo son, en efecto, o, por el contrario, son concesiones de la administración penitenciaria o de la justicia, como se plantea con frecuencia con las salidas al exterior de los privados de libertad.

Además aquellas legislaciones que han optado por elaborar catálogos, más o menos cerrados, de los derechos y deberes de los privados de libertad, no llevan a sus lógicas consecuencias esa decisión legislativa. Parece razonable que la existencia de un catálogo legal de derechos vaya acompañado del correspondiente desarrollo de las vías por medio de las cuales los interesados pueden hacerlos virtuales.

Bien sea con catalogo o sin él, los operadores penitenciarios tienen ante sí la misión de identificar y definir cuáles son los derechos de los recluidos, sus límites y sus mecanismos de protección.

II. Muchos de los derechos de los internos quedarían en meras declaraciones programáticas si no tenemos en cuenta que, allá donde se reconoce un derecho, se está implícitamente reconocimiento un deber genérico de todos a respetarlo. Este principio en el escenario penitenciario tiene un doble matiz. La relación de los privados de libertad con la Administración penitenciaria es monopólica. A diferencia de lo que sucede en la sociedad libre solo esta puede garantizar en una institución total que se permita el acceso al ejercicio de los mismos. Así lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos ("*Esta Corte ha considerado que el Estado se encuentra en una posición especial de garante con respecto a las personas privadas de libertad en razón de que las*

autoridades penitenciarias ejercen un control total sobre éstas. Asimismo, la Corte ha señalado que independientemente de la existencia de medidas provisionales específicas, el Estado se encuentra especialmente obligado a garantizar los derechos de las personas en circunstancias de privación de libertad." Resolución 22 de mayo de 2014). Por otra parte, la resocialización compromete a las administraciones penitenciarias a tratar a los privados de libertad como sujetos de derechos, un ejercicio personal durante la ejecución de las penas que favorece el futuro reingreso en la sociedad libre de los derechos.

Lamentablemente, observamos como muchos derechos son regular e institucionalmente negados con el argumento de que la prisión es estructuralmente una sociedad carencial. El derecho asume con naturalidad el hacinamiento, la tortura, las mafias carcelarias y la corrupción sobre la pena hegemónica del Derecho penal. Negar esta realidad es tanto como negar las prisiones, y hay un contrastado abandono del respeto de los derechos de los recluidos que carece de todo fundamento y se detectan frecuentes problemas de excesos penitenciarios con la infundada justificación de que son necesarios para garantizar la seguridad de las prisiones. Esta política está en franca contradicción con nuestras constituciones y con los compromisos internacionales de nuestros países. La limitación del acceso a los derechos no puede establecerse de forma genérica y, como indicamos, tiene una consideración excepcional y siempre justificada en razones.

Las prisiones democráticas y humanizadas, entendiendo por tal, aquellas que respetan el marco constitucional de los derechos fundamentales de las personas, no solo no son una entelequia, sino que constituyen el único camino posible. La gestión de una prisión respetando esos derechos ni siquiera es más cara o más problemática. Esta convicción no puede ser cuestionada, sino que tiene que ser compartida por quienes reconocen la bondad de los valores democráticos de una sociedad de derecho, también para las personas privadas de libertad.

2.1.4. Derechos de los internos

A la vista de todo lo anterior es posible elaborar un mapa de los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad, empleando como criterio esta circunstancia. El resultado es la siguiente agrupación tripartita:

- **Derechos directamente o indirectamente afectados por la privación de libertad:**
  - Derecho a la libertad ambulatoria.
  - Derecho a elegir libremente la residencia.
  - Derecho a circular por el territorio nacional.
  - Derecho a abandonar el país.
  - Derecho a reunirse sin autorización.
  - Derecho al ejercicio profesional.
  - Derecho a educar a los hijos.

- **Derechos eventualmente afectados por la condición de privado de libertad:**
  - Derecho a la propiedad.
  - Derecho a la intimidad.
  - Derecho a la propia imagen.
  - Derecho a la inviolabilidad del domicilio.
  - Derecho al trabajo.
  - Derecho a participar en asuntos públicos.
  - Derecho a comunicarse y expresarse libremente.
  - Derecho al secreto de las comunicaciones.
  - Derecho a la educación y al trabajo.
- **Derechos inalienables:**
  - Derecho a la vida y la integridad física y moral.
  - Derecho a la salud y la higiene.
  - Derecho al honor y la dignidad.
  - Derecho a la igualdad y a la no discriminación.
  - Derecho a la tutela judicial efectiva.
  - Derecho a la libertad ideológica y de conciencia.
  - Derecho a la nacionalidad.
  - Derecho a la paternidad.

A continuación vamos a analizar algunos supuestos frecuentes y problemáticos de lesiones de derechos de las personas en el ámbito penitenciario, sin ánimo de exhaustividad ya que a lo largo de los capítulos de este trabajo van a ser abordados otros casos similares.

2.1.4.1. Derecho a la vida y la integridad

I. La relevancia del derecho a la vida y la salud corren parejas con los riesgos de que ambos se vean agredidos a lo largo de la ejecución de la pena. La salud penitenciaria sigue siendo sensiblemente más frágil que la de la sociedad libre y la escasa atención que se le presta y las dificultades de prevenir graves enfermedades en un espacio tan sanitaria e higiénicamente erosionado como un centro penitenciario, todavía aumentan los riesgos de que los internos sufran algún episodio más o menos grave contra su vida o su salud. Las principales causas de mortalidad por enfermedad durante el año 2011 en España, por ejemplo, fueron las cardiovasculares con un 19,5% seguidas de las que tienen origen digestivo —vinculados a casos de cirrosis— con un 10,7%, las de origen respiratorio con un 7,4% y, por último, las tumorales 6,7% (cáncer de pulmón, cáncer orofaríngeo y esofágico principalmente). En los centros penitenciarios se ha experimentado un cambio importante en cuanto a las principales causas de fallecimiento. Las muertes infecciosas concretamente, la infección por el Virus de la Inmunodeficiencia Humana (VIH), relacionadas con la generación de la heroína, causa prevalente de los fallecimientos, ha cedido frente a las de origen cardiovascular. Se aprecia una tendencia a la normalización, de manera que, a pesar de las diferencias, los procesos patológicos son cada vez más similares a los que se producen en la sociedad libre. Por otro lado, la media de vida en la población penitenciaria también está aumentando.

Las normas internacionales reconocen ambos derechos como inalienables ("*El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente*" artículo 6. Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos). El derecho a la vida y a la salud esté directamente relacionado con otros derechos que se traducen en obligaciones para la administración penitenciaria, como son el derecho a agua potable, al aseo personal, a la alimentación equilibrada, a usar ropa, a los servicios sanitarios, a los servicios médicos, al descanso nocturno, a una cama, etc.

El ejercicio de estos derechos se ha visto cuestionado en algunas circunstancias derivadas de la situación penitenciaria. En concreto, nos vamos a referir a dos problemas: los suicidios y las huelgas de hambre. En relación con estos dos supuestos debemos de empezar por destacar que la Administración penitenciaria no solo está comprometida con respetar y garantizar la vida en los mismos términos que establece las constituciones, sino que debe velar por la vida, integridad y salud de los internos, tal como señala, por ejemplo, el artículo 6 del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios de Chile. Este mayor compromiso, eventualmente, llega a justificar la limitación de derechos fundamentales, así lo contemplan, por ejemplo, los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas que permiten el aislamiento de un interno cuando sea preciso para velar por su vida (Principio XXII). En base a este deber de velar por la vida, por ejemplo, la mayoría de los sistemas penitenciarios contemplan la posibilidad de aislamientos de internos con fines de protección, en casos en los que es previsible una respuesta agresiva por parte de otros internos. Esta eventualidad se da frente a miembros de grupos criminales por otros grupos rivales, frente a depredadores sexuales y, también, contra miembros de la administración de justicia —policías, jueces— que están cumpliendo condena.

II. Suicidios. El suicidio viene definido por la voluntad de la persona que se quita la vida. El suicida acepta morir. En consecuencia solo estamos ante estos supuestos, cuando a la persona se le reconoce capacidad de voluntad en los mismos términos que se da en la sociedad libre.

En la sociedad libre, en general, no se castiga la tentativa de suicidio salvo en algunos países. Sin embargo, las disparidades son más pronunciadas cuando el suicida demanda ayuda. Los países con una legislación más generosa solo justifican la ayuda cuando concurre una grave enfermedad. Pero determinadas circunstancias, como los continuos avances médicos y la mayor expectativa de vida, están provocando un cambio en la jurisprudencia, al menos, internacional. Una reciente sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH 14 de mayo de 2013), sin negar el principio de santidad de la vida, entiende que, debido a esas circunstancias, muchas personas consideran que no se les debe forzar a prolongar la vejez o a vivir en estados de decrepitud física o mental avanzada, que entran en conflicto con las nociones dominantes de la autonomía y la identidad personal.

Este cambio de criterio puede tener una particular relevancia en el mundo carcelario ya que una gran cantidad de factores estresantes, que favorecen las conductas suicidas, se dan en prisión (duración de la condena, condiciones penitenciarias, síndrome de abstinencia, atención psiquiátrica, etc.). Los datos empíricos corroboran que el número de suicidios en la cárcel es sensiblemente superior al que se produce en la sociedad libre. Recientemente la justicia belga ha dado la razón a un condenado a cadena perpetua, quien alegaba simplemente "*angustia psicológica insoportable*" debido a su comportamiento agresivo incorregible, del que derivo los delitos de asesinato y de violación, por los que se le condenó.

Surgen al respecto tres interrogantes. La primera, sí en esas circunstancias se podría castigar disciplinariamente el interno por tentativa de suicidio. La segunda, si a la vista de la solicitud, la administración penitenciaria podría aplicar al presunto suicida, unas medidas regimentales más estrictas que implicasen un aislamiento preventivo. La tercera, por último, si la Administración deberá atender a la petición y está obligada a proveer al interno de un medio para quitarse la vida.

En relación con la primera de las cuestiones debe descartarse la sanción disciplinaria de los intentos de suicidio salvo cuando los mismos se realicen con el objetivo de alterar la convivencia ordenada del establecimiento. Por el contrario, en aquellos casos en los que no hay ninguna finalidad trascendente en el comportamiento suicida el castigo del mismo atentaría contra el derecho a la disponibilidad sobre la propia vida que se reconoce a todas las personas y que es inalienable, incluso, para los privados de libertad.

Las siguientes cuestiones plantean problemas más complejos, en donde se deben aplicar criterios de ponderación para resolver las dudas que suscitan los derechos que entran en conflicto. ¿Hasta dónde está legitimada la Administración penitenciaria en su deber de velar por la vida de los privados de libertad? Este deber pierde gran parte de su contenido cuando la persona toma la decisión de acabar con su vida, siempre que dicha decisión responda a un acto volitivo considerado jurídicamente válido. A nadie —y, tampoco, a los internos— se le puede obligar a vivir. De manera que no estaría justificado que a un interno presuntamente suicida se le aplique peores condiciones regimentales, como el aislamiento en celdas especiales o la imposición de tratamientos farmacológicos contra su voluntad. Otras estrategias, en cambio, no solo son posibles sino que son obligadas en virtud de esa posición de garante que asume la Administración penitenciaria. Revisiones rutinarias de seguridad, conversaciones en períodos críticos con personal cualificado, supervisión de visitas con familiares o amigos para identificar conflictos o problemas que emergen durante la visita, intensificación de las medidas de vigilancia, medidas de interacción social positiva, como asistencia psicológica, celda compartida, comunidades terapéuticas, etc. Si media el consentimiento del interno estas medidas pueden intensificarse, aun cuando entrañen condiciones de internamiento más severas. Los límites impuestos por el derecho de la persona a decidir sobre su propia vida, en absoluto puede entenderse como

abandono de quienes, debido a razones personales muy frecuentemente relacionadas con las condiciones penitenciarias a las que se ve sometido, deciden quitarse la vida. La Administración, por el contrario, debe prestar una asistencia y ofertar recursos materiales y personales de disuasión.

La última de las cuestiones relacionadas con el suicidio que se pueden producir en el escenario de una prisión es la demanda de medios para suicidarse. Imaginemos que, en casos particularmente graves, como puede ser, por ejemplo, condena a una pena larga de prisión con una patología criminal imposible de tratar, el interno se dirige a la Administración penitenciaria pidiéndole que le provea de un medio adecuado para quitarse la vida. Como ya hemos visto algunos tribunales contemplan la posibilidad de que los supuestos legales de eutanasia activa puedan extenderse a personas sin enfermedades graves e incurables, sino que no quieren prolongar su vida en unas condiciones de decrepitud determinadas. A favor de un cambio de criterio apunta también el propio concepto de salud con el que trabaja la Organización Mundial de la Salud en su texto fundacional ("*La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades*" (p.1).

Solicitar un medio para poner fin a la propia vida no puede considerarse un caso de eutanasia activa ya que no se solicita un auxilio ejecutivo. Por lo tanto la demanda de un recurso con el fin de auto suministrárselo debe valorarse en el marco de la disponibilidad de cada uno sobre su propia vida. En la sociedad libre el ejercicio de ese derecho no llega al extremo de convertirse en un deber genérico de los poderes públicos de suministro de medios de suicidio. La persona que desea acabar con su vida puede encontrar, sin problemas, un amplio catálogo de medios para hacerlo. Las cosas vuelven a ser distintas en un establecimiento penitenciario, en el que por razones de seguridad esos medidos no existen o no están al alcance de los internos. En estas circunstancias podría defenderse la tesis de que solo puede ejercer ese derecho el interno si existe el correspondiente deber de la administración penitenciaria. No obstante, en este conflicto y para negar la colaboración activa de esta puede invocarse la posición de garante de la vida de la población penitenciaria que asume por ley la Administración. Es incoherente que ese deber de velar fuera compatible con el deber de suministrar recursos para el suicidio.

III. Huelga de hambre. Junto con el motín las huelgas de hambre son los medios de reivindicación más violentos que se practican en los establecimientos penitenciarios. Se trata de conductas individuales o colectivas que consisten en no ingerir ningún tipo de alimentación, en los casos más extremos tampoco líquidos, hasta que no sean atendidas determinadas reivindicaciones. Aunque estas pueden ser de cualquier tipo, por lo general, hacen referencias a problemas con la administración de justicia o con las condiciones de la prisión en donde el sujeto está internado. Una persona que inicia una huelga de hambre no es un suicida a pesar de que el final de la huelga sea la muerte, pero a diferencia con los suicidas los huelguistas no quieren morir sino que no encuentran otra vía para vehicular sus reivindicaciones.

El problema que se plantea es determinar la legalidad de la interrupción de la huelga mediante medios coercitivos de alimentación parenteral. Son escasas las ocasiones en las que los huelguistas, con su actitud, buscan la extensión del conflicto a la totalidad de la población penitenciaria, por esta razón la interrupción de la huelga contra la voluntad de la persona no puede justificarse en las necesidades de evitar riesgos de extensión de la conflictividad a la totalidad del establecimiento. Mucho más lejos se encuentra la posibilidad de incriminar esas conductas a través de los delitos contra la libertad considerando a la propia administración como sujeto pasivo. Así pues, dentro, como fuera de la cárcel la huelga de hambre reivindicativa es un comportamiento lícito. Si convenimos en esto la interrupción de la huelga mediante medios coercitivos podrá castigarse, al menos, como un delito contra la libertad, incluso, si se considera la huelga como un modo de ejercer la libertad de expresión aún podemos aplicar otras figuras delictivas más específicas.

Las posibilidades de acudir a las causas de justificación también se antojan difíciles. A partir de la legalidad de la conducta solo podría justificarse en el cumplimiento de un deber o en el estado de necesidad. Este último requiere verificar la presencia de dos males: el mal de la muerte del huelguista frente a la lesión de su libertad mediante la alimentación forzada. Pero la muerte deseada no puede considerarse un mal salvo que se entienda que se trata de un bien no disponible por su titular. Por similares razones el cumplimiento del deber de velar por la vida de los internos encuentra su límite allá donde se produce el deseo de interrumpir la vida. Dicho cumplimiento queda vacío de contenido cuando no confluye la voluntad de vivir. Solo en aquellos casos en los que el mantenimiento de la huelga entrañe directamente graves riesgos para la seguridad podría justificarse su interrupción por exigencias del cumplimiento del deber de mantener la convivencia en el centro.

Algunos países siguiendo la solución propuesta por la jurisprudencia alemana han considerado que mientras el huelguista pueda actualizar su voluntad de mantenerse en esa actitud cualquier intervención daría lugar a responsabilidad penal, pero, una vez que entrase en un coma inconsciente, ante la imposibilidad de conocer la opinión de mantener la huelga la presunción no es válida y la alimentación forzada estaría amparada por el cumplimiento del deber de velar por la vida. Esta propuesta, sin embargo, no es convincente por varias razones. La primera es porque si el huelguista está debidamente informado la inconsciencia terminal es un hecho predecible y la voluntad expresada en la huelga contempla ese término. Por otra parte, la solución puede constituir trato inhumano y el interno reinicia la huelga una vez recuperada la conciencia. Se entraría en un círculo terrorífico e inhumano.

2.1.4.2. Derecho a la dignidad

El derecho a ser tratado dignamente, es decir, a ser tratado como persona con sus cualidades inherentes de autonomía, diversidad, humanidad y racionalidad, introduce en el mundo penitenciario un cambio de enorme calado que afecta a todas las relaciones imaginables que se establecen con el interno, desde el derecho a usar el propio nombre al derecho a disponer de un espacio en el que poder desenvolver su individualidad

o el derecho a que los registros y cacheos a los que se le sometan estén presididos por la excepcionalidad y otros muchos aspectos; o la prohibición de ser utilizado para pruebas científicas. De manera que podemos convenir que más que un derecho, garantizar la dignidad de los condenados constituye el sustento de todos los valores del hombre e inspira al Estado en su relación con las personas. Como expresamente señala la Constitución española la dignidad es el "*fundamento del orden político y de la paz social*" (artículo 10).

La dignidad no es un derecho mesurable que pueda valorarse en comparación con otros derechos de las personas. El trato digno es consustancial al hombre y en ninguna situación se la puede degradar o cosificar (Artículo 5 Convención Americana de Derechos Humanos). En este sentido tiene un carácter absoluto, irrestricto, señala también, en su Principio I, los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas.

2.1.4.3. Derecho a la intimidad

La intimidad guarda una estrecha relación con la dignidad humana y se garantiza a través de ella una esfera personal en la cual no puede haber intromisiones de terceros sin la autorización del titular del Derecho. La compatibilidad entre privado de libertad y la vigencia del derecho a la intimidad es la mejor prueba de que dicha condición no afecta al *status libertatis* porque el reconocimiento del derecho a la intimidad parte de la idea de la libertad de la persona. No obstante, el reconocimiento de este derecho constituye un reto para la ejecución de la pena. La sobrevaloración de las razones de seguridad ha sido tradicionalmente un campo abonado para abusar de medidas y decisiones que vulneran gravemente la intimidad de los internos.

Sin embargo, se observa en la actualidad un interés por reforzar el derecho a la intimidad como medio de humanización del castigo. Con independencia de que a lo largo de esta obra invoquemos este derecho como límite de la gestión penitenciaria, podemos adelantar aquí un par de ejemplo que ilustra la trascendencia del mismo en la ejecución.

Los excesos con los que se emplean las medidas de registro corporal deben de encontrar un freno en el derecho a la intimidad en un doble sentido. Por una parte, porque los mismos han de aplicarse con un riguroso cumplimiento de la excepcionalidad y, por otra parte, porque todos los registros corporales deben llevarse a cabo de modo que se respete en todo momento la intimidad corporal del sujeto afectado. No es admisible que el mismo se haga en presencia de terceras personas o que se haga por personas de distinto sexo o con desnudo integral del cacheado.

Los registros en las celdas o de los armarios en los que el interno guarda sus enseres no han merecido nunca la menor consideración desde el respeto a la intimidad; no

obstante, la jurisprudencia comienza paulatinamente a reflexionar sobre estos extremos. Desde el punto de vista del derecho el domicilio es un espacio acotado en el que la persona desarrolla su actividad privada o intima. La circunstancia de haber sido objeto de elección por terceras personas o de que la permanencia en la misma no depende del morador no resultan elementos conceptuales del domicilio en un sentido jurídico. Tampoco es cierto que no se haya configurado como un espacio específico de exclusión de la actuación del poder público. La evolución de la celda es la propia historia del acotamiento de un espacio. Primero fueron los dormitorios colectivos y estos han ido siendo sustituidos por los individuales, más tarde, estos se limitaban a tener unas rejas y en la actualidad tienen puertas opacas con mirillas que permanecen normalmente cerradas. Esa evolución es una prueba irrefutable de que no estamos ante un domicilio en un sentido estricto pero terminaremos dándole analógicamente la misma protección. Téngase en cuenta que hay una jurisprudencia coincidente en otorgar la condición de domicilio a los efectos de su protección a espacios mucho más cuestionables que una celda, como puede ser la habitación de un hotel, el habitáculo de un coche o el departamento del vagón del tren y el camarote del barco.

La consideración analógica de la celda con el domicilio obliga, en primer lugar, a otorgarle la misma inviolabilidad. Esto es posible y plausible. Es posible sin plantear problemas garantísticos o de seguridad porque el registro de una celda puede hacerse con la autorización del juez de vigilancia penitenciaria o de ejecución de penas, próximo al centro o establecimiento penitenciario de su jurisdicción, que existe en la mayoría de los países y puede ejecutarse por los funcionarios de prisiones, que tienen la consideración de policía judicial. Teniendo en cuenta la agilidad de las comunicaciones, hoy no plantea ningún problema la transmisión de una autorización judicial de registro desde las dependencias de los juzgados. Es plausible porque significa un reconocimiento consecuente del derecho a la intimidad. En tanto en cuento los internos perciban estos ejercicios de coherencia por parte de los poderes públicos se encontraran en una mejor predisposición a reiniciar pacíficamente su reinserción a la comunidad jurídica.

Dos cuestiones más. También para garantizar la licitud en la obtención de las pruebas es recomendable que medie una autorización de un juez. Por último, cuando concurran razones excepcionales de urgencia las autoridades podrán llevar a cabo el registro de la celda sin necesidad de contar con la correspondiente autorización.

2.1.5. Deberes de los internos

2.1.5.1. Deber de permanencia

Este deber aparentemente sencillo en su enunciado, derivado de la propia naturaleza de la pena, plantea algunos problemas jurídicos de interés que no pueden ser analizados aquí exhaustivamente, aunque trataremos de enunciar algunos de ellos.

Como todos los deberes no tienen carácter absoluto y frente a su incumplimiento podrá legarse causa de justificación o exculpación. No plantea ninguna duda que dicho deber cede cuando hay una situación de emergencia. Sin embargo, el quebrantamiento puede ser debido a que las condiciones de internamiento no cumplen con la legislación vigente en aspectos esenciales y se pone en peligro la integridad o salud del interno. El deber de permanecer privado de libertad entra en franca contradicción con el instinto natural del hombre a la libertad, de forma que en determinadas circunstancias en las que el interno sufre un trastorno de su personalidad por una prolongada estadía en la prisión, debe considerarse la exculpación de la fuga. También es cuestionable si el deber de permanencia sigue vigente cuando debido a un fallo fortuito o negligente en las medidas de seguridad del establecimiento se produce un caso de *ostium apertum*. En estas circunstancias puede resultar excesivo seguir manteniendo su vigencia.

El deber de permanencia no es único sino que vendrá determinado normalmente por la autoridad judicial o administrativa, será distinto para quienes disfrutan de una semilibertad o de quienes están en una unidad de máxima seguridad. En todo caso solo se infringe cuando el interno trata de interrumpir la privación de libertad que tenga impuesta. Los casos de desubicación dentro de un establecimiento no lesionan este deber de permanencia. Tampoco quebranta la condena el preventivo incomunicado por orden judicial cuando desobedece la incomunicación. Por lo tanto, el deber de permanencia es un elemento normativo referido exclusivamente a un nivel de libertad ambulatoria, cuyo contenido viene señalado en la decisión judicial que mantiene al sujeto en la prisión (vid. 10.1.3.).

Todo deber se corresponde con una sanción para quien lo infringe. Quien con su fuga quebranta el deber de permanencia será objeto de una sanción cuya gravedad va a depender de las circunstancias de la fuga. El quebrantamiento plantea un problema de duplicidad sancionatoria que será analizado en el capítulo dedicado a las cuestiones disciplinarias.

2.1.5.2. Deber de respetar las normas de régimen interior

La cárcel constituye una auténtica microciudad plagada de normas que regulan la vida en su interior. Las personas allí ingresadas tienen el deber de cumplir con dichas normas. Igual que en el caso anterior debe distinguirse entre normas escritas y órdenes del personal competente. En ambos casos la conducta infractora merecerá ser sancionada pero muy probablemente la gravedad de la sanción variara.

Como presupuesto para que sea sancionado el incumplimiento de las normas de un establecimiento es que el sujeto infractor tuviera conciencia de la antinormatividad de su conducta. No podrá ser objeto de sanción quien no fue informado de la norma o no lo fue debidamente.

2.2. Estudio jurídico. Argentina

2.2.1. Status jurídico: derechos y obligaciones

2.2.1.1. Derechos y deberes de los privados de libertad. Generalidades

En primer lugar, debe tenerse presente que las personas privadas de libertad sólo tienen limitados aquellos derechos expresamente contenidos en la resolución judicial de condena (art. 2 LEP). Es decir, que los derechos no afectados por la condena tienen plena vigencia durante la privación de la libertad. Además, la situación de encierro carcelario impone la protección de derechos específicos, entre otros, el derecho a la dignidad e inviolabilidad del/a interno/a, a condiciones adecuadas de encierro, a la reinserción social, a la separación de interno/as en categorías, el acceso a la justicia y a la tutela judicial y la prohibición de ser objeto de torturas y tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. En este sentido, los derechos de los internos deben ser garantizados por el Estado, ya que ejerce una "posición de garante" frente a la persona privada de su libertad. Se pueden mencionar, a modo enunciativo, los derechos que el Estado debe garantizar.

- Derecho a la vida, integridad física y salud intramuros.
- Derecho a que se preserve la dignidad de la persona privada de libertad y su intimidad, sin perjuicio de las medidas exigidas para la vida en prisión.
- Ejercicio de los derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales.
- Derecho a recibir un tratamiento penitenciario acorde a la finalidad de reinserción social.
- Como derivación del punto anterior, derecho a relacionarse con el exterior, ya sea a través de comunicaciones orales, escritas, telefónicas o por vídeo conferencia, de carácter personal, íntimo, familiar o de convivencia. El Estado —a través del Servicio Penitenciario— tiene la obligación de entregar a cada interno, al momento de ingresar al penal, una cartilla conteniendo la información detallada respecto al régimen que se sigue dentro del penal (no sólo la cuestión disciplinaria, sino también los requisitos y formalidades a seguir a los fines de mantener contactos y entrevistas con familiares, etc.).
- Derecho a un trabajo remunerado, como parte del tratamiento penitenciario, dentro de las disponibilidades de la administración penitenciaria.
- Ejercicio de los derechos previstos en la legislación penintenciaria, entendidos éstos como un derecho del interno y no como una facultad de la administración penitenciaria o del Poder Judicial.
- Derecho a formular peticiones y quejas ante las autoridades penitenciarias y judiciales.
- Derecho a recibir información actualizada de su situación procesal y penitenciaria, especialmente sobre el sistema disciplinario del establecimiento (art. 35.1 RMTR).
- Para aquellos casos de personas analfabetas o extranjeras que no hablen lengua castellana, derecho a recibir información por medio de traductores o personas de su

confianza a fin de que puedan conocer de manera clara y precisa cuál es el régimen aplicable mientras dure su privación de libertad (RMNU 35.2 y 27 del P. I. D. C. y P.). En elcaso de las personas extranjeras, se suma el derecho a contactarse con el cónsul o representante de su país, desde el inicio de la privación de libertad.

En igual sentido, los Principios VIII y IX de los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas establecen de forma expresa que las personas privadas de libertad podrán ejercer los mismos derechos reconocidos a toda persona en los instrumentos nacionales e internacionales.

"Principio VIII Derechos y restricciones. Las personas privadas de libertad gozarán de los mismos derechos reconocidos a toda persona en los instrumentos nacionales e internacionales sobre derechos humanos, a excepción de aquéllos cuyo ejercicio esté limitado o restringido temporalmente, por disposición de la ley y por razones inherentes a su condición de personas privadas de libertad.

Principio IX. Ingreso, registro, examen médico y tras (…). A su ingreso las personas privadas de libertad serán informadas de manera clara y en un idioma o lenguaje que comprendan, ya sea por escrito, de forma verbal o por otro medio, de los derechos, deberes y prohibiciones que tienen en el lugar de privación de libertad".

Por otra parte, en el mismo Cuerpo de Principios, el Principio XXV establece que la interpretación con relación al ejercicio de los derechos será la más extensiva y favorable a la persona privada de libertad.

Esto también es conocido en la doctrina como el principio "pro homine", es decir, ante dos interpretaciones posibles, se debe utilizar aquella que implique la menor restricción de derechos o, dicho de otra manera, se debe optar por interpretar la norma de la forma que más derechos asigne al interno.

2.2.1.2. Registro

Los datos de las personas que ingresan a los lugares de privación de libertad deberán ser consignados en un registro oficial, el cual será accesible al/a la interno/a, a su representante y a las autoridades competentes. El registro contendrá, como requisito mínimo, los siguientes datos:

a) Información sobre la identidad personal que deberá contener, al menos, lo siguiente: nombre, edad, sexo, nacionalidad, dirección y nombre de los padres, familiares, representantes legales o defensores, en su caso, u otro dato relevante de la persona privada de libertad;
b) Información relativa a la integridad personal y al estado de salud de la persona privada de libertad;
c) Razones o motivos de la privación de libertad;

d) Autoridad que ordena o autoriza la privación de libertad;
e) Autoridad que efectúa el traslado de la persona al establecimiento;
f) Autoridad que controla legalmente la privación de libertad;
g) Día y hora de ingreso y de egreso;
h) Día y hora de los traslados y lugares de destino;
i) Identidad de la autoridad que ordena los traslados y de la encargada de los mismos;
j) Inventario de los bienes personales; y
k) Firma de la persona privada de libertad y, en caso de negativa o imposibilidad, la explicación del motivo.

2.2.1.3. Obligaciones

La contrapartida de los derechos de las personas privadas de libertad son las obligaciones que tienen los internos, entre las que se encuentran:

- La obligación de permanecer en el establecimiento designado hasta el momento de su liberación, a disposición de la autoridad judicial.
- Respetar las normas de habitabilidad y convivencia.
- Observar una adecuada higiene y aseo personal, acatando las medidas higiénicas y sanitarias establecidas.

Si bien la mayoría de la doctrina encuentra resistencia al definir que la situación de la persona privada de libertad con el Estado forma parte de una sujeción especial (cuya definición y desarrollo nos remitimos a lo mencionado en la parte general del manual), sí resultan pacíficas las opiniones con relación a la posición de garante en la que se encuentra el Estado con relación a las mismas.

En este sentido, encontramos que en el fallo "Verbitsky", la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina señaló que *"(...) es el Estado el que se encuentra en la posición especial de garante, toda vez que las autoridades penitenciarias ejercen un fuerte control o dominio sobre las personas que se encuentran sujetas a su custodia. De este modo, se produce una relación de interacción especial de sujeción entre la persona privada de su libertad y el Estado, caracterizada por la particular intensidad con que el Estado puede regular sus derechos y obligaciones y por las circunstancias propias del encierro, en donde al recluso se le impide satisfacer, por cuenta propia, una serie de necesidades básicas que son esenciales para el desarrollo de una vida digna."* (Considerando 44)

En un sentido similar en el fallo "Romero Cacharane", esa Corte ha sostenido: *"(…)7°) Que la negativa del a quo de habilitar la vía casatoria, con sustento en diferenciar cuestiones administrativas de cuestiones jurídicas responde a una concepción anacrónica de la ejecución de la pena en la que la relación de sujeción especial del condenado con el Estado se da dentro de un ámbito "administrativo" donde no existe delimitación de derechos y obligaciones de modo que todo queda librado a la discrecionalidad del Estado (Borja*

Mapelli Caffarena en "Las relaciones especiales de sujeción y el sistema penitenciario". Revista de estudios penales y criminológicos, t. XVI (1993), págs 282/325. Universidad Santiago de Compostella, España).

La concreción práctica de ese sistema se visualiza con: a) restricciones a los derechos fundamentales de los internos; b) el ablandamiento del principio de legalidad en sede ejecutivo-penal-penitenciaria y c) el debilitamiento del control jurisdiccional de la actividad administrativa (Iñaki Riveira Beiras: *"La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos",* capítulo V *"El status jurídico de los reclusos",* págs. 333/369, 1994, España).

Frente a esa concepción anacrónica por la cual el interno es reducido a un objeto bajo la órbita discrecional del Estado, los Principios básicos para el tratamiento de internos expresan que *"con excepción de las limitaciones que sean evidentemente necesarias por el hecho del encarcelamiento todos los reclusos seguirán gozando de los derechos humanos y libertades fundamentales consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos..."* (Aprobado por Asamblea General, resolución 45-111 del 14 de diciembre de 1990, ap. 5°).

Asimismo, las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos consagran el principio de legalidad en materia disciplinaria (art. 29). También señalan que *"ningún recluso será sancionado sin haber sido informado de la infracción que se le atribuye y sin que se le haya permitido previamente presentar su defensa. La autoridad competente procederá a un examen completo del caso"* (art. 30.2).

2.2.2. Relación jurídica del condenado con el Estado: posición especial de garante del Estado

Como se indicó en líneas anteriores, el Estado se encuentra en una posición de garante con relación a los privados de libertad. La posición de garante determina, por un lado, que el Estado se constituye en garante de todos aquellos derechos que no queden restringidos por el acto mismo de la privación de libertad; y por otro, que el/la preso/a queda sujeto/a a determinadas obligaciones y deberes que debe respetar.

Bajo esta perspectiva, todo lo que ocurre dentro de una prisión (y también lo que sucede en los traslados penitenciarios) es responsabilidad del Estado, lo que implicará que éste, a través de las autoridades penitenciarias, deberá rendir cuentas y explicar a la comunidad las decisiones que toma o los procedimientos que aplica, de forma de no dejar espacio a la negligencia, la omisión o la intención directa de causar daño a los/as privados/as de libertad.

Las obligaciones de respeto y garantía serán entonces vinculantes para el Estado con respecto a toda persona, implicando un mayor nivel de compromiso al tratarse de personas en situación de riesgo o vulnerabilidad.

Ahora bien, analicemos las fuentes jurídicas de esta especial posición de garante.

Fuente directa. Contenido de la posición de garante

Ejecución de la pena privativa de la libertad-Ley 24.660
ARTICULO 2º — El condenado podrá ejercer todos los derechos no afectados por la condena o por la ley y las reglamentaciones que en su consecuencia se dicten y cumplirá con todos los deberes que su situación le permita y con todas las obligaciones que su condición legalmente le impone.

La obligación especial de garantizar implica que el Estado debe adoptar todas las medidas que sean necesarias para procurar que las personas sujetas a su jurisdicción puedan gozar de manera efectiva sus derechos. Y con relación a los/as privados/as de libertad, que puedan hacerlo especialmente respecto a aquellos derechos no restringidos en la sentencia de condena firme.

Sobre este punto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el "Caso Vélez Loor vs. Panamá", sostuvo que *"(…) de las obligaciones generales de respetar y garantizar los derechos, derivan deberes especiales, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre".*

Esta obligación del Estado se configura en una triple dimensión: a) obligación de tipo negativo: no realizar acciones que impliquen un cercenamiento de derechos no afectados por la condena; b) obligaciones de tipo positivo: que realizar aquellas acciones que conllevan a una efectivización de esos derechos; y 3) obligaciones de promoción: aluden a aquellas acciones que el Estado debe realizar para promover determinados derechos (v. gr. campañas de salud y prevención de HIV).

Así, la posición de garante implica, principalmente, garantizar el respeto a la vida, a la dignidad y a la integridad personal de los/as presos/as; asegurar el derecho a la salud y a la atención sanitaria y/o tratamientos médicos en caso de que el/la preso/a lo requiera; garantizar la prevención de violencia, tortura, malos tratos y/o degradantes, ya sea por parte del personal penitenciario como así también entre los/as propio/as preso/as; a condiciones dignas de detención, en ambientes que cumplan con una adecuada salubridad, higiene y con dimensiones espaciales acordes al número de detenidos/as; al respeto por su género, religión y condición sexual; a honestar su privacidad y la de los familiares del preso/a; a establecer pabellones separados por género y a asegurar condiciones dignas de detención a las mujeres embarazadas y con hijos, estableciendo lugares especiales y acordes para la vivencia de las presas con hijos/as; a garantizar capacitación específica del personal penitenciario; a respetar y avalar el pleno cumplimiento de los derechos sociales, económicos y culturales de lo/as preso/as; a supervisar el alimento que

se le dispensa en las prisiones; a instruir educación de calidad intramuros; y, fundamentalmente, a fomentar y contribuir el tratamiento hacia la reinserción de los/as presos.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que: *"El Estado, al privar de libertad a una persona, se coloca en una especial situación de garante de su vida e integridad física. Al momento de detener un individuo, el Estado lo introduce en una "institución total", como es la prisión, en la cual los diversos aspectos de su vida se someten a una regulación fija, y se produce un alejamiento de su entorno natural y social, un control absoluto, una pérdida de intimidad, una limitación del espacio vital y, sobre todo, una radical disminución de las posibilidades de autoprotección. Todo ello hace que el acto de reclusión implique un compromiso específico y material de proteger la dignidad humana del recluso mientras esté bajo su custodia, lo que incluye su protección frente a las posibles circunstancias que puedan poner en peligro su vida, salud e integridad personal, entre otros derechos"* (CIDH, Informe Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos en la Cárcel de Challapalca, Nro 41/99, Honduras, 10 de marzo de 1999, parr. 135).

Es importante señalar, a su vez, que el deber del Estado de respetar y garantizar los derechos de las personas privadas de libertad no se limita a lo que suceda en el interior de las prisiones, sino que también se extiende a los traslados a los tribunales, a otros centros, a hospitales, etc.

En síntesis, la tarea de posición de garante del Estado implica un ejercicio complejo en el cual se encuentran involucradas diversas instituciones gubernamentales (que incluye al Poder Judicial, Ejecutivo y Legislativo), en donde también es fundamental la asignación de recursos a estas instancias. Por ello, la falta de recursos de un Estado no lo exime nunca de su posición de garante. Esta posición es la asumida por la CIDH en el conocido fallo "Velez Loor Vs. Panamá".

Fuentes indirectas. Instrumentos internacionales que reconocen la posición de garante

CADH

- art. 1.1, menciona el respeto que los Estados deben guardar respecto a los derechos y libertades de las personas, sin discriminación alguna;
- art. 2, deber del Estado de garantizar, a través de disposiciones legislativas, esos derechos y garantías;
- art. 5 Inc. 1 y 2, que regula el derecho a la integridad personal y a que toda persona privada de libertad sea tratada dignamente.

Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (CT)

- el art. 1.1, que define los alcances del concepto de tortura;
- el art. 2.1, que regula las medidas legislativas que debe adoptar un Estado para evitar actos de tortura en su territorio.

Declaración Universal de Derechos Humanos

- Preámbulo, que dispone toda persona sometida a cualquier forma de detención o prisión será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano;
- art. 5, que establece también la prohibición de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

PIDCyP

- art. 7, prohibición de torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes;
- art. 10.1, trato digno y con respeto a toda persona privada de su libertad.

DADH

- art. XXV, in fine, que dispone que toda persona privada de libertad tiene derecho a un tratamiento humano durante su privación de libertad.

Principios básicos para el tratamiento de los reclusos (PTR)

- Principio 1, que dispone que todo/as lo/as recluso/as serán tratado/as con el respeto que merecen su dignidad y valor inherentes de seres humanos.

Conjunto de Principios

- Principios 1, 3 y 6, que señalan que toda persona sometida a cualquier forma de detención o prisión será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano, como así también que no se restringirán o menoscabarán los derechos humanos de las personas detenidas.

Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas (Principios y Buenas Prácticas)

- Principio I, menciona expresamente el trato humano y digno que debe dispensarse a las personas detenidas especialmente por la posición de garante del Estado.

Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos

- Reglas 9, 10, 11, 12, 13 y 14, mencionan cómo deben ser los locales que habiten los/as presos/as;
- 15 y 16, que regulan los recursos que deben brindarse para la higiene personal;
- 17, 18 y 19, que definen la vestimenta de ropa y cama de lo/as reclusos;
- 20, regula pautas de alimentación;

- 21, derecho a ejercicios físicos;
- 22, 23, 24, 25 y 26, dispone la asistencia médica dentro de los establecimientos;
- 45, regulación de los traslados;
- 46 a 54, pauta al personal penitenciario;
- 57, dispone que el sistema penitenciario no debe agravar los sufrimientos inherentes a tal situación;
- 81, regula la asistencia post penitenciaria.

100 Reglas de Brasilia (Reglas de Brasilia)

- Reglas 38 a 42, establecen políticas y medidas que afectan a la organización y modelos de gestión de los órganos del sistema judicial, con el fin de facilitar el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.

Declaración de San José

- Principio 10, todas las personas tienen el derecho a no ser sometidas a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, incluso por razones relacionadas con la orientación sexual o la identidad de género.
- Principios de Yogykarta sobre la aplicación de la legislación internacional de los derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género (Principios de Yogykarta).

Instrumentos nacionales que regulan estos derechos

Constitución Nacional

- arts. 18 y 75 inc 22, reconocimiento del principio de legalidad y de la función resocializadora de la pena privativa de la libertad; incorporación de los instrumentos interancionales de derechos humanos al bloque de constitucionalidad federal.

LEP

- art.2, que regula que la persona detenida puede ejercer todos los derechos no afectados por la sentencia de condena;
- art. 9, que establece que la ejecución de la pena estará exenta de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes;
- Capítulo III, que regula las normas de trato dentro de la prisión;
- Capítulo IX, asistencia médica;
- Caps XII, XIII y XIV, regulan la asistencia social, la pospenitenciaria y las actividades que debe ejercer el Patronato de Liberados.

Estándares interamericanos que abordan la posición de garante de un Estado

Condiciones dignas de detención. Corte IDH: *"Caso Neira Alegría y otros vs Perú"*
El 18 de junio de 1986 Víctor Neira Alegría, Edgar Zenteno Escobar y William Zenteno Escobar se encontraban detenidos, en calidad de procesados como presuntos autores de delito de terrorismo, en el establecimiento penal San Juan Bautista, conocido como *"El Frontón",* cuando se produjo un amotinamiento en dicho centro penitenciario. Con el fin de sofocar el mismo, el gobierno peruano delegó en el Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas el control del penal, quedando éste como zona militar restringida. Una vez allí, las fuerzas armadas procedieron a sofocar el motín y las personas arriba mencionadas desaparecieron sin que sus familiares las volvieran a ver ni tener noticias de ellas.

En dicha resolución, la Corte IDH aludió expresamente a los siguientes derechos reconocidos por la CADH: 1.1 (Obligación de respetar los derechos), 4. (Derecho a la vida), 5. (Derecho a la integridad personal), 7. (Derecho a la libertad personal), 8. (Garantías judiciales), 25 (Protección judicial) y 27 (Suspensión de garantías).

Con relación a la posición de garante, se sostuvo que el Estado, como custodio y garante de los derechos de los/as presos/as no restringidos por la sentencia de condena, debe tomar todas las medidas necesarias para procurar que las personas sujetas a su jurisdicción puedan disfrutar de sus derechos.

El estándar internacional quedó establecido de la siguiente manera *"toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal y el Estado debe garantizarle el derecho a la vida y a la integridad personal. En consecuencia, el Estado, como responsable de los establecimientos de detención, es el garante de estos derechos de los detenidos".*

No restricción de derechos más allá de los contenidos en la condena.
Corte IDH: "*Instituto de Reeducación del Menor vs Paraguay*"
Se analizaron las condiciones de vida a las que fueron sometidos todos los niño/as y adolescentes internado/as en el Instituto de Reeducación del Menor *"Coronel Panchito López",* entre el 14 de agosto de 1996 y el 25 de julio de 2001, y de aquello/as interno/as que posteriormente fueron remitido/as a las penitenciarías de adultos del país. Dichas condiciones —tales como hacinamiento, falta de higiene y de educación, así como la mala alimentación— representaron el mantenimiento de un sistema de detención contrario a los estándares internacionales respecto a la privación de la libertad de niños y adolescentes. Como consecuencia de la falta de prevención por parte del Estado se produjeron tres incendios en los que perdieron la vida niños/as y adolescentes.

La Corte entendió que el Estado paraguayo había violado los siguientes artículos de la CADH: 4. (derecho a la vida), 5. (derecho a la integridad personal), 2. (deber de

adoptar disposiciones de derecho interno) y 8.1 (garantías judiciales), todos éstos en relación con los arts. 19 (derechos del niño) y 1.1 (obligación de respetar los derechos) y además los arts. 7. (derecho a la libertad personal), 25 (protección judicial) y 26 (desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales), éstos en relación con el art. 1.1 (obligación de respetar los derechos).

Así, con relación a la posición de garante, la Corte señaló que el Estado debe establecer y fortalecer mecanismos que favorezcan el acceso a la justicia de las personas vulnerables; debe custodiar los derechos de preso/as tanto intramuros como en casos de traslados; y debe proteger a los/as presos/as contra todo tipo de violencias, especialmente las ocurridas intramuros.

El estándar internacional quedó configurado de la siguiente forma: *"Ante esta relación e interacción especial de sujeción entre el interno y el estado, este último debe asumir una serie de responsabilidades particulares y tomar diversas iniciativas especiales para garantizar a los reclusos las condiciones necesarias para desarrollar una vida digna y contribuir al goce efectivo de aquellos derechos que bajo ninguna circunstancia pueden restringirse o de aquellos cuya restricción no deriva necesariamente de la privación de libertad y que, por tanto, no es permisible. De no ser así, ello implicaría que la privación de libertad despoja a la persona de su titularidad respecto de todos los derechos humanos, lo que no es posible aceptar"* (Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie c nº. 112, párrafs 152 y 153).

Los Estados no pueden invocar falta de recursos económicos en su posición de garante. Corte IDH: CASO "*Velez Loor vs Panamá*"

El señor Jesús Tranquilino Vélez Loor, de nacionalidad ecuatoriana, fue retenido el 11 de noviembre de 2002 en el Puesto Policial de Tupiza, en la Provincia del Darién, República de Panamá, por *"no portar la documentación necesaria para permanecer en [dicho] país"*. Posteriormente, Vélez Loor fue trasladado a la Cárcel Pública de La Palma, donde se le impone una pena de dos años por infracciones migratorias. El 8 de septiembre de 2003 la Directora Nacional de Migración resolvió dejar sin efecto la pena impuesta y el 10 de septiembre de 2003 el señor Vélez Loor fue deportado hacia la República de Ecuador.

El 23 de noviembre de 2010, la Corte IDH declaró responsable internacionalmente al Estado de Panamá por la violación de los derechos a la libertad personal, garantías judiciales, principio de legalidad e integridad personal en perjuicio del señor Jesús Tranquilino Vélez Loor, así como por no haber emprendido una investigación sobre los alegados actos de tortura denunciados y por el incumplimiento de la obligación de garantizar, sin discriminación, el derecho de acceso a la justicia.

Durante el tiempo que el señor Vélez Loor estuvo recluido en la Cárcel Pública de La Palma y el Centro Penitenciario La Joyita, el Estado reconoció que existían *"entre otros, documentados por las distintas autoridades panameñas […] los siguientes problemas:*

deficiencias estructurales en los centros de detención, problemas en el suministro regular de agua, sobrepoblación penitenciaria, deficiencia de los sistemas de clasificación de las personas privadas de libertad, deficiencias de los programas de resocialización y educación".

Con relación a la posición de garante, la Corte estableció que los Estados deben: a) evitar y/o eliminar situaciones que puedan derivar en autogobiernos de alguno/as interno/as sobre otro/as; b) supervisar el suministro de alimentos, de las condiciones de habitabilidad, de la vestimenta adecuada y de la atención médica intramuros.

El estándar fue fijado en los siguientes términos *"los estados no pueden invocar privaciones económicas para justificar condiciones de detención que no cumplan con los estándares mínimos internacionales en esta área y no respeten la dignidad del ser humano"* (Sentencia de 23 de noviembre de 2010, serie c, no. 218, párr. 198).

Dignidad en los lugares de detención. Corte IDH: *"Penal Castro Castro vs Perú"*
Los hechos denunciados se refieren a la ejecución del *"Operativo Mudanza 1"* dentro del Penal Miguel Castro Castro, en Perú, durante el cual el Estado produjo la muerte de al menos 42 internos, hirió a 175 internos y sometió a trato cruel, inhumano y degradante a otros 322 internos.

De acuerdo con esta sentencia, la posición de garante es una función compleja que incluye la actuación del Poder Ejecutivo (en lo que respecta a la organización de organismos e instituciones que regulen todas las actividades de la ejecución, la asignación de recursos, etc.); del Poder Judicial, que implica el establecimiento de una organización judicial en materia de ejecución —juez/tutela judicial, defensor y fiscal de ejecución, así como instituciones de promoción de derechos de preso/as—; y del Poder Legislativo, en tanto su obligación de legislar en materia de ejecución.

Así, la Corte IDH estableció elestándar internacional: *"(…) de conformidad con el art. 5 de la CADH, toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en situación de detención compatible con su dignidad personal. (…) como responsable de los establecimientos de detención, el estado debe garantizar a los reclusos condiciones que respeten sus derechos fundamentales y dejen a salvo su dignidad"* (Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie c n. 160, párr. 315). Asimismo, señaló que los Estados deben vigilar que sus cuerpos de seguridad, a quienes les está atribuido el uso de la fuerza legítima, respeten el derecho a la vida de quienes se encuentren bajo su jurisdicción, ya que *"….el Estado es responsable, en su condición de garante de los derechos consagrados en la Convención, de la observancia del derecho a la integridad personal de todo individuo que se halla bajo su custodia".*

Del uso de la fuerza por parte de miembros de cuerpos de seguridad CIDH: *"Caso Montero Aranguren y otros (retén de Catia) vs. Venezuela"*
La denuncia indicaba una presunta ejecución extrajudicial de 37 reclusos del retén de Catia, ubicado en la ciudad de Caracas, Venezuela, la madrugada del 27 de noviembre

de 1992. Estos hechos habrían ocurrido después de un segundo intento de golpe militar en Venezuela, el cual habría originado una agitación al interior del citado retén. Presuntamente, los guardias del centro penitenciario y tropas del Comando regional 5 de la guardia nacional y de la Policía Metropolitana intervinieron masivamente, con uso desproporcionado de la fuerza y disparando indiscriminadamente a la población reclusa. Las versiones de los hechos de algunos sobrevivientes cuentan que los guardias del retén abrieron las puertas de las celdas anunciando a los reclusos que quedaban en libertad, esperaron la salida de los internos y dispararon contra ellos. También se alegó que los reclusos vivían en condiciones de detención inhumanas.

El estándar internacional quedó establecido de esta forma: *"Los Estados deben adoptar las medidas necesarias para crear un marco normativo adecuado que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida; establecer un sistema de justicia efectivo capaz de investigar, castigar y dar reparación por la privación de la vida por parte de agentes estatales o particulares. De manera especial los Estados deben vigilar que sus cuerpos seguridad, a quienes les está atribuido el uso de la fuerza legítima, respeten el derecho a la vida de quienes se encuentren bajo su jurisdicción. En cualquier caso, sólo se podrá hacer uso intencional de armas letales cuando sea estrictamente inevitable para proteger una vida (…) Como lo ha señalado en ocasiones anteriores, esta Corte reconoce la existencia de la facultad, e incluso, la obligación del Estado de garantizar la seguridad y mantener el orden público, en especial dentro de las cárceles".*

2.2.3. Derechos y deberes de los privados de libertad

2.2.3.1. Derechos

2.2.3.1.1. Derecho a la vida y a la integridad (prohibición de tortura y malos tratos, condiciones de habitabilidad)

Las personas privadas de libertad gozan de todos los derechos fundamentales que hacen a su dignidad como ser humano, a excepción de los expresamente limitados en la condena. El derecho a la vida es inviolable. Por tanto, en ningún caso puede una persona privada de libertad ser sometida a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.

Luego de la modificación constitucional del año 1994, los derechos humanos tomaron mayor relevancia con relación a las privadas de su libertad, ya que se incorporaron instrumentos inetrnacionales en los que expresamente se reconoce sus derechos, tales como la DADH, la CADH y el Protocolo Adicional en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre otros.

Ello provee sustento constitucional y convencional a la protección de la vida, la salud, el desarrollo humano y la dignidad de las personas (art. 6.1 del PIDCyP; art.4° "Derecho a la Vida", art. 5° "Derecho a la Integridad Personal" y art. 11 "Protección de la Honra y la Dignidad" de la CADH; art. I "Derechos a la vida, a la Libertad, a la Seguridad e Integridad

de la Persona", art. XI "Derecho a la preservación a la Salud y al Bienestar" de la DADH; y art. 12.-1. *"…el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental"* del PIDESyC).

En lo que respecta a las personas privadas de libertad, como ya sostuvimos con anterioridad, el Estado es el garante de sus derechos. Por lo tanto, debe asegurar condiciones mínimas de detención que sean compatibles con la dignidad humana. El Estado tiene la responsabilidad de adoptar medidas para proteger a las personas que estén sujetas a su jurisdicción, especialmente, tratándose de personas privadas de su libertad en centros de detención estatal. Específicamente, debe recordarse que esa obligación estatal no es solo obligación de hacer, sino también de no hacer y obligación de promoción.

En particular, la Constitución Nacional de Argentina (CN) establece, en su Art. 18, último párrafo *"…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. "*

Con referencia a ello, la Corte Suprema de la Nación Argentina sostuvo que *"el art. 18 tiene contenido operativo... La seguridad, como deber primario del Estado no sólo importa resguardar los derechos de los ciudadanos frente a la delincuencia sino también, como se desprende del citado art. 18, los de los propios penados cuya readaptación social se constituye en un objetivo superior del sistema y al que no sirven formas desviadas del control penitenciario."* (CSJN fallos 318:2002)

Esta operatividad de la norma se reflejó en el fallo "Verbitsky", ya mencionado, donde este Tribunal realiza un análisis sobre un grupo de personas detenidas en establecimientos penales de la jurisdicción de la Provincia de Buenos Aires y determina: *"Que la Corte, frente a la reiteración de las graves situaciones que se denuncian y que no logran ser modificadas, se ve obligada a insistir en que la previsión contenida en el art. 18 de la CNen tanto establece que "...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..." tiene contenido operativo. Como tal, impone al Estado la obligación y responsabilidad de dar a quienes están cumpliendo una condena, o una detención preventiva, la adecuada custodia que se manifiesta en el respeto de la vida de los internos, de su salud y de su integridad física y moral".*

Se afirmó que la falta de recursos presupuestarios no excusaba la efectiva solución de los problemas planteados porque sería subvertir el Estado de Derecho. Consecuentemente, se instruyó a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires y a los tribunales de todas las instancias de la provincia para que, en sus respectivas competencias y por disposición de esa Corte, hicieran cesar toda eventual situación de agravamiento de la detención que importe un trato cruel, inhumano o degradante o

cualquier otro susceptible de acarrear responsabilidad internacional al Estado Federal y exhortó a los Poderes Ejecutivo y Legislativo de la Provincia de Buenos Aires a adecuar su legislación procesal penal en materia de prisión preventiva y excarcelaciones y su legislación de ejecución penal y penitenciaria, a los estándares constitucionales e internacionales.

En cuanto a las características mínimas que debe tener un lugar de encierro para que sea compatible con lo que establece la CN, la Corte declaró que *"las Reglas Mínimas para el tratamiento de los Reclusos de las Naciones Unidas, recogidas por la ley 24.660, configuran las pautas fundamentales a las que debe adecuarse toda detención".* Si bien estas Reglas carecen de la misma jerarquía que los tratados incorporados al bloque de constitucionalidad federal, *"se han convertido, por vía del art. 18 de la Constitución Nacional, en el estándar internacional respecto de personas privadas de libertad".*

2.2.3.1.2. Derecho a la Salud

El derecho a la salud se encuentra orientado a que el Estado debe crear las condiciones que permitan a todas las personas no sólo el bienestar físico sino también el bienestar a la salud psíquica. En ese sentido, este derecho no reconoce distingo alguno para el caso de que una persona esté o no privada de su libertad, dado que la limitación de la libertad ambulatoria no puede repercutir en el cercenamiento de otros derechos fundamentales, como es la protección de la salud.

De acuerdo a los Principios de Ética Médica Aplicables a la Función del Personal de Salud, Especialmente los Médicos, en la protección de Personas Presas y Detenidas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes; y el Juramento de Atenas, adoptado por el Consejo Internacional de Servicios Médicos en 1979 surge que: *"el personal de salud no deberá tratar a los reclusos de forma autoritaria, arrogante, ni conducirse de una manera que sugiera que se le está haciendo un favor al preso o que es un privilegio que reciba atención médica. Este tipo de conductas son contrarias a los principios éticos que deben guiar la actuación del personal de salud; comprometen la calidad del servicio de salud brindado; y no contribuyen a ganar la confianza de los presos".*

Asimismo, el deber de confidencialidad médica sigue vigente en todos los casos en los cuales una persona sea atendida por personal médico y ello abarca no solo aquello derivado de la entrevista con el profesional de la salud (sea médico clínico, psiquiatra, etc.), sino lo concerniente a la Historia Clínica.

Instrumentos internacionales vinculados al derecho a la salud

Principios de Ética Médica Aplicables a la Función del Personal de Salud, especialmente los Médicos, en la protección de Personas Presas y Detenidas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes, Principio 1; 1er párrafo del art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; Inciso iv) del apartado e)

del art. 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 1965; la Observación General N° 14, aprobada por Naciones Unidas el 11 de mayo de 2000, mediante la cual se amplía lo mencionado en el art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. A modo de resumen se puede mencionar que en dicha observación se destacan los puntos 1, 3, 8, 9, 11, 12 y 20. También la CEDAW hace referencia en los arts. 11 y 12, sobre la necesidad de tomar medidas adecuadas en relación con la salud de las mujeres, eliminando todo tipo de discriminación y el art. 24 de la Convención por los Derechos del Niño.

Análogamente, el derecho a la salud ha sido proclamado por la Comisión de Derechos Humanos, así como también por la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993, así como en otros instrumentos internacionales.

La Resolución Nº 1/08 de la CIDH correspondiente a los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas: Principios 9.3 y 10, hacen referencia al derecho al examen médico. Según la CIDH: *"son recurrentes también las deficiencias en los traslados de reclusos a clínicas y hospitales externos con el fin de recibir tratamientos especializados o no disponibles en los centros de privación de libertad , debido, entre otras razones, a la inoperancia de las autoridades judiciales o administrativas que deben autorizar los traslados; a la falta de vehículos y de personal disponible para ejecutarlos; a la renuencia arbitraria e injustificada de las autoridades; o simplemente por la lejanía geográfica del respectivo establecimiento penitenciario".* Estos motivos también se observan en las cárceles federales de Argentina.

Instrumentos nacionales que regulan el derecho a la salud

Constitución Nacional

En lo que atañe a la normativa argentina, el derecho a la salud lo encontramos regulado en el art. 75 inciso 22 de la CN, debido a la incorporación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. De la lectura del art. 12 del citado Pacto se concluye que toda persona tiene el derecho a disfrutar de un nivel alto en lo que atañe a su salud física y mental y que los Estados Partes, signatarios del mismo, deberán asegurar la efectividad del derecho mencionado.

También se debe incorporar a este marco normativo las reformas legislativas a nivel nacional:

- Ley de Salud Pública Nº 26.529: en ella se instauran los derechos del paciente en relación con el profesional médico y las instituciones sanitarias, siendo sus ejes cartesianos la autonomía de la voluntad, el derecho a la información y a la documentación clínica.

- Ley de Derecho a la Protección de la Salud Mental N° 26.657: mediante ella se pretende asegurar el derecho a la protección de la salud mental de todas las personas y el pleno goce de los derechos humanos de aquellas con padecimiento mental que se encuentran en el territorio nacional, reconocidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos, con jerarquía constitucional.

En lo que atañe al ámbito penitenciario en Argentina, la LEP regula el tema en su art. 58[48]. En el caso del SPF se han implementado varias medidas tendientes a mejorar el ejercicio del derecho a la salud de las personas alojadas en los establecimientos a su cargo. No obstante ello, los avances quizás más significativos han sido aquellos relacionados con las cuestiones de género.

En el Resumen Ejecutivo del informe producido por Oficina de Estados Unidos contra la droga y el delito (O.N.U.D.C.) sobre el sistema penitenciario federal argentino se ha destacado que: *"Desde el año 2008, el S.P.F. ha iniciado una importante reforma en el sistema penitenciario. Esta reforma incluye una mayor atención a las necesidades de las mujeres, de las madres viviendo con sus hijos, de los jóvenes adultos, de las mujeres extranjeras, de las personas transgénero, homosexuales y mujeres mayores adultas. Ello ha incluido la implementación de programas para prevenir la violencia y el suicidio, al mismo tiempo que ha incrementado significativamente los programas basados en la perspectiva de género, juventud, y las actividades educativas, culturales y de capacitación...".*

Luego de la creación del Programa de Género en la Población Penitenciaria Federal, en el ámbito del SPF, se detectaron necesidades diferentes que debían ser atendidas para el caso de las mujeres y ello ha sido fundamentado *"bajo la finalidad de agrupar en colectivos homogéneos y especialmente vulnerables dentro de la población femenina y así, equiparar las desventajas que acarrean las condiciones que llevan consigo y posicionarlas en un plano de mayor igualdad respecto de la población masculina"*. De acuerdo al derecho a la salud, y mediante la articulación con el Ministerio de Salud de la Nación Argentina, se puede destacar el esfuerzo tendiente a mejorar la promoción, prevención, y asistencia de la salud sexual y reproductiva, la asistencia integral para mujeres de más de 50 años, VIH/SIDA, Tuberculosis, los tratamientos ambulatorios para drogadependientes y los Centros de Rehabilitación de Drogadependientes desarrollados. A pesar de ello, aún se encuentran ciertos obstáculos al momento de la implementación de tales mejorías, algunas de ellas de plano burocrático, y otras por la falta de duración a largo plazo.

---

48. *"El régimen penitenciario deberá asegurar y promover el bienestar psicofísico de los internos. Para ello se implementarán medidas de prevención, recuperación y rehabilitación de la salud y se atenderán especialmente las condiciones ambientales e higiénicas de los establecimientos".* El art. 143 de la misma ley dispone que *"el interno tiene derecho a la salud. Deberá brindársele oportuna asistencia médica integral, no pudiendo ser interferida su accesibilidad a la consulta y a los tratamientos prescriptos. Los estudios diagnósticos, tratamientos y medicamentos indicados, le serán suministrados sin cargo".*

Funcionamiento práctico del derecho a la salud en las cárceles federales

Tanto los Complejos Penitenciarios Federales como en las unidades penitenciarias del SPF cuentan con servicios médicos en cada uno de sus establecimientos. De todas formas, en la mayoría, la complejidad de la atención es baja.

Los profesionales que se desempeñan en los establecimientos penitenciarios pertenecen casi en su totalidad al personal de carrera penitenciaria, con excepción de los profesionales de las especialidades de infectología y psiquiatría.

¿Cómo funciona el acceso al servicio médico internamente para una persona que está detenida? Con el objeto de garantizar el acceso a la atención de consultas y continuación de los tratamientos se instrumentó un sistema de boletas de solicitud de audiencia, mediante las cuales se requiere la atención correspondiente que luego será vertida en un libro de registro de la atención a fin de gestionar lo pertinente. Asimismo, cada atención deberá quedar asentada en la historia clínica de los pacientes (la consulta, el diagnóstico y el tratamiento). Resulta oportuno destacar que de acuerdo al art. 144 de la LEP, toda persona que ingrese a un establecimiento penitenciario debe ser atendida por un médico, toda vez que dicha información resulta fundamental para la atención posterior de la persona privada de su libertad. Además, deberá requerirse una información epidemiológica de todo ingresante a prisión, lo que permitirá a la administración penitenciaria planificar medidas y programas para atender los grandes problemas de salud que los alojados allí presenten.

En la práctica cotidiana, los médicos y los auxiliares sanitarios cumplen su función a tiempo parcial, debido a que la mayoría trabaja también en Hospitales Públicos o ejercen la profesión de modo privado. De todas formas, cada establecimiento se encuentra organizado a fin de garantizar la debida atención médica durante las veinticuatro horas del día.

Debe tenerse en cuenta, que la privación de la libertad lleva aparejado, para la persona detenida, el no saber cómo manejarse con determinadas cuestiones, una de ellas es el acceso a la debida atención médica. Tal circunstancia podrá generar agresividad, agotamiento, uso excesivo de psicofármacos, intentos de suicidio, lesiones auto infligidas, siendo clave la posibilidad real de efectuar tratamientos psicológicos. Las áreas sociales del penal son los pilares que permitirán el debido goce de tal derecho y la contención del detenido. Se podría concluir entonces que esto sólo se puede obtener si todos en la prisión saben que para un médico, enfermera o para un trabajador de la salud de la institución, el paciente siempre tiene la prioridad por sobre el orden, la disciplina y cualquier otro interés de la institución penal.

Estándares interamericanos

Corte IDH
El Estado tiene el deber de proporcionar a los detenidos revisión médica regular, atención y tratamiento adecuados cuando así se requiera. A su vez, el Estado debe permitir y facilitar que los detenidos sean atendidos por un facultativo elegido por ellos mismos o por quienes ejercen su representación o custodia legal.

Jurisprudencia

"CASO DEL PENAL MIGUEL CASTRO CASTRO VS. PERÚ"
"Este deber del Estado de proporcionar la atención médica adecuada e idónea a las personas bajo su custodia es aún mayor en aquellos casos en que las lesiones o la afectación en la salud de los reclusos es producto de la acción directa de las autoridades".

"CASO VÉLEZ LOOR VS. PANAMÁ"
"las personas privadas de libertad se encuentran en una posición de subordinación frente al Estado, del que dependen jurídicamente y de hecho para la satisfacción de todas sus necesidades. Por eso, al privar de libertad a una persona, el Estado adquiere un nivel especial de responsabilidad y se constituye en garante de sus derechos fundamentales, en particular de sus derechos a la vida y a la integridad personal, de donde se deriva su deber de salvaguardar la salud de los reclusos brindándoles, entre otras cosas, la asistencia médica requerida" .

"CASO MONTERO ARANGUREN Y OTROS (RETÉN DE CATIA) VS. VENEZUELA"
"La falta de atención médica adecuada podría considerarse en sí misma violatoria del art. 5.1 y 5.2 de la Convención dependiendo de las circunstancias concretas de la persona en particular, el tipo de dolencia que padece, el lapso transcurrido sin atención y sus efectos acumulativos".

Jurisprudencia argentina vinculada al derecho a la salud

"Acción de Habeas Corpus interpuesta por Alicia Inés Romero como representante del Comité contra la Tortura de la Comisión Provincial por la Memoria de la provincia de Buenos Aires a favor de César Javier Bravo Jaramillo", resuelta el 27 de julio 2011.

"De acuerdo al Pacto Internacional (art. 10.1) y a la CADH (art. 5.2), toda persona privada de la libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a su dignidad. Para el Comité de Derechos Humanos, esta disposición es aplicable a todas las personas privadas de libertad en virtud de las leyes y la autoridad del Estado, e internadas en prisiones, hospitales —en particular hospitales psiquiátricos—, campos de detención, instituciones correccionales o en cualquier otro establecimiento bajo su jurisdicción, donde se encuentren personas internadas… Cuando una persona permanece en

alguno de los lugares antes mencionados, solamente se le priva de su libertad personal pero no pierde su condición de ser humano…Una adecuada protección de la integridad personal requiere, asimismo, que se conceda a estas personas un acceso rápido y periódico a los médicos y abogados, a fin de que se pueda constatar cuál es su estado de salud y garantizar su protección jurídica.

La salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos…El art. 12.1° de la C.A.D.H. consagra este derecho, el que no debe entenderse como un derecho a estar sano, sino también entre otros tópicos, importa todo lo relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar el más alto nivel posible de salud. Este concepto de *"más alto nivel posible de salud",* tiene en cuenta tanto las condiciones biológicas y socioeconómicas esenciales de la persona como los recursos con que cuenta el Estado…".

2.2.3.1.3. Derechos sociales. Derecho a la educación con un enfoque de condiciones indispensables para la reinserción social

La educación es un derecho que hace a la condición del ser humano, ya que a partir de ella se construye el lazo de pertenencia a la sociedad, a la palabra, a la tradición, al lenguaje, en definitiva a la transmisión y recreación de la cultura. Tal derecho se encuentra garantizado para todos los habitantes de la Nación Argentina a partir de lo establecido por el art. 14 CN y garantizado por el art. 31 CN. Toda persona tiene derecho a la educación, la que debe estar inspirada en los principios de libertad, moralidad y solidaridad humana.

La Ley Nacional de Educación Nº 26.206, en el Capítulo XII, hace referencia a la Educación en Contextos de Privación de Libertad, arts. 55 al 59, y prevé la educación pública en las cárceles como un derecho humano que no apunta, exclusivamente, a que forme parte del tratamiento penitenciario, sino que destaca el desarrollo integral de la persona y la posibilidad de realizar trayectorias educativas que permitan construir un proyecto de vida, ya sea durante o después de la cárcel.

La Recomendación N° R (89) 12 del Comité de Ministros de los Estados Miembros sobre Educación en Prisiones recomendó "… *a los gobiernos de los estados miembros implementar políticas que reconozcan lo siguiente: 1. Todas las personas internas en prisión tendrán acceso a la educación, que comprende las disciplinas escolares, formación profesional, actividades culturales y creativas, educación física y deportes, educación social y servicios de biblioteca…"*

Por eso, en el ámbito nacional, actualmente confluyen y deben ser consideradas dos leyes en lo referente a educación en la ejecución de la pena: la Ley 26.206 de Educación Nacional según los artículos mencionados y la LEP. Esta última tiene por fin garantizar y estimular el acceso a la educación que se imparte a las personas privadas de la

libertad. No existe un único enfoque sobre la finalidad que debe representar la educación para los privados de la libertad puesto que debe distinguirse: la educación como derecho y como parte del tratamiento resocializador.

El art. 133 de la LEP establece el derecho a la educación y el compromiso por parte del Estado de proveer una educación integral que garantice la igualdad y gratuidad en el ejercicio de este derecho, promoviendo la participación de las organizaciones no gubernamentales y de las familias.

El derecho de educación comprende el de igualdad de oportunidades en todos los casos, de acuerdo con las dotes naturales, los méritos y el deseo de aprovechar los recursos que puedan proporcionar la comunidad y el Estado. Así, el art. 135 de la LEP establece que no se admitirá ningún tipo de limitación.

Por otro lado, los arts. 138, 3er párrafo y 139 de la LEP indican que se debe asegurar la permanencia de los internos en aquellos establecimientos donde cursan con regularidad. Asimismo, en caso de trasladar al detenido, le impone a la autoridad judicial el deber de informar a la autoridad educativa la medida para proceder a tramitar de manera automática el pase y las equivalencias de acuerdo a la institución educativa y al plan de estudios que se corresponda con el nuevo destino de alojamiento.

También, el art. 140 de la LEP establece un régimen de estímulo educativo escalonado de derechos a la reducción —conforme los logros educativos obtenidos en detención— de los plazos de acceso a aquellos institutos que se encuentran previstos para reducir el ámbito de encierro de los condenados. El art. 144 de la LEP establece que los obstáculos e incumplimientos en el acceso al derecho a la educación podrán ser remediados por los jueces competentes a través de la vía del hábeas corpus correctivo.

Por su parte, la Resolución 1990/2000 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas recomienda a los Estados Miembro fomentar la educación en los establecimientos penitenciarios. A tal fin, declara que la educación debe contribuir de manera apreciable a la prevención del delito, la inserción social de los/las reclusos/as y la reducción de los casos de reincidencia.

El derecho a la educación de las personas privadas de libertad debe asegurar y garantizar las siguientes prestaciones básicas:

a) La enseñanza primaria o básica debe ser gratuita.
b) La enseñanza secundaria, técnica, profesional y superior, debe ser accesible para todos.
c) Los servicios de educación deben funcionar como el sistema de educación pública.
d) Los lugares de privación de libertad dispondrán de bibliotecas.

- Instrumentos internacionales que reconocen el derecho a la educación

Declaración Universal de Derechos Humanos, en su art. 26.1; la Declaración Américana de Derechos Humanos, Art. XII; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Art. 13; Reglas Mínimas Tratamiento de los Reclusos: Regla 77. 1); Principios básicos para el Tratamiento de los Reclusos, Principio 6 y Principio 77.

- Instrumentos nacionales

Constitución Nacional en sus arts. 14, 18 y 75 inc. 22; la LEP en el Capitulo VIII, arts. 133, 134. 135, 136, 137, 138, 139 140, 141 y 142.

Estándares interamericanos

En el ámbito de la OEA se destacan los *"Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas" (2008) ya que garantizan que "las personas privadas de libertad tendrán derecho a la educación, la cual será accesible para todas las personas, sin discriminación alguna, y tomará en cuenta la diversidad cultural y sus necesidades especiales".*

Jurisprudencia nacional

Ojeda, Causa Nº 16.156 de la CFCP —Sala I— reg. 20.805 rta. 8/4/13. Estímulo Educativo. Supuestos en que procede.

> *"La reforma implementada en la LEP deja en claro la intención del legislador, no sólo de garantizar el acceso irrestricto de toda persona privada de su libertad a la educación pública, sino de incentivar el interés de la población carcelaria en participar de programas educativos, o de capacitación laboral o de formación profesional. El art. 140 de la LEP no modifica la pena impuesta, es decir, no adelanta el vencimiento de la pena fijada oportunamente, sino solo la posibilidad de ir progresando dentro del tratamiento penitenciario. La reducción temporal prevista por estímulo educativo es aplicable a los regímenes de salidas transitorias, semilibertad y libertad condicional."*

2.2.3.1.4. Derecho de defensa

a) El derecho de defensa

El derecho de defensa fue consagrado dentro del elenco de derechos humanos inviolables tanto por la Constitución Nacional como por los Pactos Internacionales que la integran. Así lo establece el artículo 18 de la Carga Magna que declara inviolable la defensa en juicio de la persona y sus derechos y el artículo 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que define expresamente al derecho de defensa como irrenunciable. Asimismo, para cumplir con esta garantía, las normas internacionales

(apartados d y e del inciso 2º del art. 8 de la CADH y apartado 14.3 b y d del PIDCP) y las locales (artículo 104 y 107 del Código de Procedimientos en materia penal) definen un triple sistema de cumplimiento de la garantía: (a) autodefensa, (b) defensor de confianza y (c) defensor oficial.

El orden de preeminencia autoriza, en primer lugar, al imputado a defenderse por sí mismo si está en condiciones de asumir su autodefensa. En segundo lugar, puede el encausado elegir ser asistido por un abogado particular. Y en tercero, si no pudiere o no quisiere usar las facultades anteriores, se impone un defensor de oficio.

En este esquema la defensa oficial aparece con carácter subsidiario ya que sólo es provista por el Estado en caso de ausencia, carencia o ineficiencia de los primeros supuestos (art. 107 del C.P.P.N.). Este mismo carácter vuelve incompatible la designación conjunta o simultánea con la defensa personal o la profesional por abogado de confianza[49].

b) Deberes del defensor oficial

El deber esencial de todo defensor oficial es garantizar la defensa eficaz del justiciable. Esta pauta normativa surge de la Constitución Nacional y Tratados mencionados así como del artículo 60 de la LOMP, el que impone a los Defensores Públicos Oficiales "proveer lo necesario para la defensa de la persona y los derechos de los justiciables toda vez que sea requerida en las causas penales". Asimismo, diversas declaraciones integran los deberes específicos del defensor como extremos constitutivos del deber de defender eficazmente. En este sentido, se destacan las pautas establecidas en el *"Decálogo del Defensor"* definido por la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (AIDEF) y las *"100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de las Personas en condición de vulnerabilidad",* aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana.

El *"Decálogo del Defensor"* define que, en su labor profesional, el defensor oficial debe garantizar el respeto de los derechos y garantías conforme la Constitución e Instrumentos Internacionales (Principio 1), observar principios y valores éticos (Principio 2), mantener el deber de lealtad con los intereses de sus representados (Principio 3), mantener un nivel de competencia y excelencia a la hora de desempeñar el rol (Principio 3), garantizar el secreto profesional (Principio 4), garantizar el acceso a la justicia sin discriminación (Principio 5), ejercer todas las acciones y recursos necesarios reconocidos en la ley y en los instrumentos internacionales para garantizar el derecho de defensa (Principio 6), informar y asesorar a los defendidos (Principio 7), garantizar y salvaguardar la defensa material dentro de su función técnica (Principio 7), actuar con energía y convicción (Principio 8), y brindar apoyo moral como consecuencia de la labor eficiente y efectiva (Principio 8).

49. Así se desprende del texto de la norma y fue sostenido por la CSJN, *mutatis mutandi* en Fallos 325:157 donde recordó que la designación del defensor oficial para la asistencia técnica de la autodefensa concedida al imputado es incompatible con el sentido inequívoco del art. 104 del Código Procesal Penal de la Nación (Fallos, 325:157), criterio que se extiende a la defensa privada.

Por su parte, las mencionadas *Reglas de Brasilia* garantizan, en su capítulo II, artículo 2 incisos 29 al 31, la asistencia técnico-jurídica de calidad, especializada y gratuita.

Claramente, las pautas nacionales e internacionales indican que la defensa oficial debe ser efectiva, diligente, especializada profesionalmente, garante del secreto profesional y la voluntad material del asistido. Sin embargo, esa enunciación general sólo es completada a través de pautas específicas que se refieren a la tarea del defensor penal. En esta inteligencia la norma y las decisiones jurisprudenciales aportan pautas para la labor o tareas concretas. Así, el artículo 60 de la LOMP establece el deber de entrevistar periódicamente a los defendidos e informarles sobre el trámite procesal de su causa. Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación —CSJN— ha definido criterios para integrar el derecho de defensa constitucionalmente consagrado. Así, estableció que la defensa no puede ser meramente formal sino que se requiere un estudio serio de las actuaciones (Fallos, 311:2502 y 327:5095, entre otros), que el imputado debe participar a través de su defensor de los acontecimientos centrales del proceso, que el defensor diligente debe presentar prueba de descargo, alegar a favor de su asistido, recurrir las resoluciones contrarias que tengan alguna viabilidad (Fallos 189:34), que es deber de los tribunales garantizar el debido proceso donde el rol del defensor deviene indispensable (Fallos, 330:487, 330:1066, 330:4471, 333:1469, entre otros), que aún en casos de desistimiento ante la CSJN se requiere la intervención del defensor (Fallos, 330:3509, C. 757. XLIII del 18/12/2007, 328:4596, 329:1310) y que la cancelación de derechos debe ser una decisión del imputado por lo que se requiere su notificación personal (Fallos, 327:3802, 327:3824, 329:2051, 329:1998, 328:4580, 330:298).

La violación del derecho de defensa eficaz irroga al proceso la nulidad. Así la CSJN definió que la defectuosa actuación del defensor por falta de intervención, inadecuado asesoramiento o incumplimiento de su mandato torna nulo el proceso (Fallos, 327:5095, 329:1209, 329:1794, 329:2569, 329:4248, 330:3526, 330:5052, V. 463. XLI del 8/4/2008, 331: 2520, 332:1095, 333:1623, I. 143. XLIII, del 22/6/2010, 333:1464, disidencia Maqueda y Zaffaroni, C. 173.XLIV, C. 173. XLIV. Del 6/12/2011 entre otros) y que la negligencia del abogado defensor no puede irrogar perjuicios al imputado (Fallos, 328:3284, M. 1842. XLI, del 26/2/2008, P. 221. XLIII del 11/4/2008, 333:1789). Este supuesto de indefensión habilita, en situaciones graves, la sanción disciplinaria o la destitución del magistrado que violó su deber.

c) Derecho de defensa en el ámbito de ejecución

Tal como se ha señalado, el derecho de defensa de una persona privada de libertad no sólo es una manda constitucional (art. 18 CN), sino que también se encuentra contenido en numerosos instrumentos de derechos: art. 14, inc. 2, ap. d del PIDCP, art. 93 de las RMTR, los principios 17 y 18 del Conjunto de Principios para la Protección de todas las Personas sometidas a cualquier forma de Detención o Prisión, el Principio V de los Principios y Buenas Prácticas, los Principios 1, 2, 3, 4 y 21 de los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados, el art. 104 CPPN. Tales instrumentos, establecen que toda

persona privada de su libertad tendrá derecho a la defensa y a la asistencia letrada, nombrada por sí misma, por su familia, o proporcionada por el Estado, y a comunicarse con su defensor en forma confidencial.

Al respecto, la defensa en la ejecución de la pena implica una asistencia especializada y focalizada tanto en un apoyo técnico-legal como en el fomento del plan de vida de la persona privada de libertad, dirigido a la reinserción social.

Con relación a ello, tiene dicho la Corte IDH que: *"Es relevante que el Estado garantice que las personas privadas de libertad, o terceros que actúen en su representación, tengan acceso a los órganos jurisdiccionales encargados de tutelar sus derechos. Que éstos se pronuncien sobre el fondo dentro de un plazo razonable y de acuerdo con las normas generales del debido proceso. Y que las decisiones judiciales que emanan de estos procesos sean efectivamente ejecutadas por las autoridades competentes. Esto último es fundamental para que la tutela sea capaz de producir cambios reales en la situación concreta de las personas privadas de libertad".* En este contexto, el rol de las Defensorías Públicas Oficiales (DPO) es central en lo que respecta al impulso del derecho de acceso a la justicia de las personas privadas de libertad.

Debe bregarse porque la defensa en la ejecución de la pena promueva los derechos de las personas privadas de libertad, con un fin concreto de evitar que sufran padecimientos ilegítimos, no derivados de su situación de encierro y de reducir los niveles de violencia carcelaria.

2.2.3.2. Deberes

Los deberes de las personas privadas de libertad, principalmente, se encuentran previstos en el Reglamento Disciplina para los Internos (Decreto Nº 18/97). Su incumplimiento puede configurar la comisión de una infracción disciplinaria. De esto se deriva que el interno debe:

- Permanecer en el lugar de alojamiento asignado.
- Cumplir con los horarios fijados para las actividades diarias.
- Usar de manera correcta los utensilios provistos, manteniendo su buen estado de conservación e higiene.
- Mantener la conservación e higiene del sector de alojamiento asignado, tanto como de aquellos que correspondan a uso común.
- Mantener el aseo personal.
- Completar el ciclo básico de estudios correspondiente al Sistema de Educación Pública.
- Trabajar, mantener el orden y la disciplina.
- Al momento de egresar, devolver en buen estado los elementos provistos.
- Informar al momento de ingresar sobre sus familiares y otros allegados con quienes mantendrá visitas y correspondencia.

- Permitir, toda vez que las circunstancias así lo exijan, que el personal del servicio penitenciario efectúe la requisa de la persona privada de libertad, de sus efectos personales, del sector de alojamiento asignado y de otros sectores de uso común.
- Permanecer en el sector de trabajo asignado durante el horario establecido, cuidando las máquinas, herramientas y todo implemento que le fuera facilitado para desarrollar la actividad laboral.
- Responder con su peculio o fondo particular por todo daño o perjuicio causado sobre bienes muebles e instalaciones del establecimiento penitenciario.
- Entregar en depósito dinero, objetos de valor, documentación personal y todo otro elemento que traiga consigo y cuya tenencia no se encuentre autorizada por las autoridades.

2.3. Estudio jurídico. Chile

2.3.1. Estatuto jurídico de la persona privada de libertad

En términos generales, tanto el PIDCP (artículo 2) como la CADH (artículo 1.1), establecen que los Estados Partes se comprometen a respetar y garantizar a toda persona que se encuentre en su territorio y esté sujeta a su jurisdicción, los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o Convención, sin distinción alguna.

Ya propiamente en el ámbito penitenciario, los Principios básicos para el tratamiento de los reclusos (Principio 5) así como los Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas (Principios II y VIII) establecen que con excepción de las limitaciones temporales establecidas en la ley y por razones inherentes a su condición de personas privadas de libertad, todos los reclusos seguirán gozando de los derechos humanos establecidos en instrumentos nacionales e internacionales.

Por su parte, el ordenamiento jurídico chileno reconoce, como un principio rector de la actividad penitenciaria (artículo 2 Reglamento de Establecimientos Penitenciarios), que el recluso conserva todos los derechos de un ciudadano libre, salvo aquellos restringidos o limitados por la sentencia condenatoria.

Lo primero a señalar es que los derechos que conforman el estatuto jurídico de un ciudadano libre, como asimismo, de un ciudadano privado de libertad, no sólo están recogidos en normas nacionales, sino que también en normas internacionales. Mediante la reforma de 1989 que agregó el actual inciso segundo al artículo 5 de la Constitución de la República de Chile, el marco legal que actualmente otorga la Constitución Política está conformado no sólo por los derechos establecidos formalmente en la misma, sino que también por los derechos que se encuentran consagrados en los tratados internacionales vigentes en Chile, así como por las normas comunes a todos los tratados internacionales de derechos humanos (obligaciones generales de respeto,

garantía y no discriminación, límites legítimos, normas sobre interpretación) y la jurisprudencia internacional que fija el contenido y alcance de los derechos humanos (Nash, 2012: 51), los que, según lo ha determinado nuestro Tribunal Supremo de Justicia, tienen jerarquía constitucional (Nash, 2012: 20).

En cuanto a las limitaciones que sufre el estatuto jurídico de un recluso, ellas están establecidas, en primer lugar, en el fallo condenatorio y dicen relación con su derecho a la libertad personal —y especialmente a la libertad de circulación—, al ejercicio de cargos y oficios públicos, derechos políticos y profesionales titulares —mediante las penas accesorias de suspensión e inhabilitación— y a los derechos de sufragio y de optar a cargos de elección popular al producirse la pérdida de la calidad de ciudadano, en el caso de condenas a penas aflictivas (artículo 17, vinculado al artículo 13 de la Constitución).

Pero las restricciones a derechos fundamentales no sólo derivan de la sentencia, sino también de la privación de libertad, como sucede con las limitaciones fácticas de derechos que no pueden ejercerse plenamente en un medio de reclusión y de normas penitenciarias que normalmente invocan razones de orden y seguridad interna como fundamentos de dichas restricciones.

Finalmente, el estatuto jurídico del recluso comprende también derechos y obligaciones reconocidas exclusivamente a quienes se encuentran cumpliendo una pena privativa de libertad (derecho a visitas, a recibir encomiendas, salidas al exterior, obligación de permanecer en la unidad penal de cumplimiento, obligación de acatar las normas de régimen interno, etc.).

2.3.2. Derechos de los reclusos

2.3.2.1. Derecho a la vida y a la integridad

América Latina posee una situación penitenciaria compleja, que adquiere matices de crisis en algunos países, observándose graves problemas de hacinamiento, deficiente infraestructura edilicia, denuncias por violencia intracarcelaria, escasez de programas que favorezcan la reinserción social, entre otros (PNUD, 2013). Bajo este escenario, el derecho a la vida y la integridad adquieren relevancia especial, debiendo generarse todos los esfuerzos para resguárdalos y garantizar su pleno disfrute.

Las personas privadas de libertad, más allá del delito cometido, continúan siendo usufructuarias de sus derechos fundamentales, entre los que se encuentran el derecho a la vida y la integridad personal. Esto es confirmado por la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura (artículo 5) al señalar que "*ni la peligrosidad del detenido o penado, ni la inseguridad del establecimiento carcelario o penitenciario pueden justificar la tortura*".

Al respecto, los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no dejan lugar a duda sobre el reconocimiento de la vida y la integridad, al expresar que nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 5). Este tipo de conductas no pueden justificarse bajo ninguna circunstancia, ni siquiera cuando se presuma hayan sido dispuestas por una autoridad (Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, artículo 2).

Un elemento fundamental para resguardar el derecho a la vida y la integridad constituye la definición del concepto de tortura, la que debe entenderse como cualquier acto que infrinja intencionadamente a una persona un dolor o sufrimiento severo, sea físico o mental, 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. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas (Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, artículo 1.1).

El personal penitenciario no puede infligir castigos adicionales a los sancionados en la resolución que determina la privación de libertad. Por ello, las normas internacionales recomiendan que los funcionarios públicos encargados de la aplicación de la ley (ya sean civiles o militares, el personal médico, los funcionarios administrativos y otros que participen en la custodia) reciban formación sobre la prohibición de la tortura y todo trato cruel, inhumano o degradante (Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, artículo 10; Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, artículo 3).

De acuerdo a la Corte Europea de Derechos Humanos, se han desarrollado tópicos relevantes sobre la protección de la tortura que nos permiten entender mejor su sentido. Uno de ellos se refiere a los "*estándares mínimos que deben contrastarse con una conducta para determinar si reviste gravedad o no*". A ese respecto, los autores Castro et al. (2010: 37) indican cuatro criterios para definir si una conducta va más allá de lo tolerado por un sistema penal, es decir, si puede entenderse como tortura:

- La duración del trato.
- Los efectos físicos del trato.
- Los efectos mentales del trato.
- El sexo, la edad y estado de salud de la víctima

La Comisión Europea de Derechos Humanos, buscando ser flexible para evaluar cada caso, no ha desarrollado un concepto de tortura específico, pero sí la ha definido como "*sufrimiento grave y cruel*" o como "*acto u omisión infligido intencionalmente sobre una persona con un objetivo, causando un sufrimiento físico o mental grave y cruel*". En la misma lógica, el "trato o pena degradante" es conceptualizada como "*una grave humillación o degradación*" (Castro et al., 2010: 38).

Otro elemento relevante a considerar es quien es el actor causante de la tortura. Originalmente se entendía que este rol podía ser ejercido exclusivamente por el Estado. No obstante, esta consideración ha ido ampliándose, dado que el Estado ha ido transfiriendo ciertas funciones a los privados (como las de vigilancia), por lo que el acto de tortura, trato inhumano o degradante también podrá ser cometido con el sector privado vinculado al sistema criminal.

La naturaleza cerrada y aislada de las prisiones puede dar oportunidad a que se cometan actos abusivos en impunidad, en ocasiones de manera organizada y en otras por iniciativa de miembros individuales del personal. En aquellos países o instituciones donde se da prioridad a la función punitiva de la prisión, existe el peligro de que acciones que equivalen a tortura (como el uso ilegal y rutinario de la fuerza) lleguen a ser consideradas por el personal como conductas "*normales*". Ante este hecho es importante reconocer que los Estados que han suscrito la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, como es el caso de Chile, se comprometen a tomar las medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole que sean eficaces para impedir los actos de tortura en todo territorio bajo su jurisdicción (artículo 2). Por lo expuesto, las autoridades deben asegurarse de que ninguna de las normas de funcionamiento de los establecimientos penales pueda ser interpretada permitiendo o tolerando este tipo de conductas.

En consonancia con las normas internacionales, el Reglamento de establecimientos penitenciarios declara 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 (artículo 4).

Adicionalmente, la norma chilena identifica como principio rector de la función de Gendarmería de Chile el reconocimiento de que las personas privadas de libertad se encuentran en una relación de derecho público con el Estado, de manera que fuera de los derechos perdidos o limitados por su detención, prisión preventiva o condena, su condición jurídica es idéntica a la de los ciudadanos libres (artículo 2 del Reglamento).

Luego de ello, el Reglamento indica que ningún interno será sometido a torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes, de palabra u obra, ni será objeto de un rigor

innecesario en la aplicación de las normas (artículo 6), por lo mismo el Estado garantiza la libertad ideológica y religiosa de los internos, su derecho al honor, a ser designados por su propio nombre, a la intimidad personal, a la información, a la educación y el acceso a la cultura, procurando el desarrollo integral de su personalidad, y a elevar peticiones a las autoridades, en las condiciones legalmente establecidas. La Administración Penitenciaria velará por la vida, integridad y salud de los internos y permitirá el ejercicio de los derechos compatibles con su situación procesal (artículo 6).

2.3.2.2. Derechos sociales

Los derechos sociales normalmente identificados en el ámbito penitenciario son el derecho al trabajo, a la salud y a la educación. En este apartado se abordarán los dos últimos derechos, pues el primero es detalladamente analizado en el capítulo 8 de este Manual.

2.3.2.2.1. Derecho a la Salud

Todas las personas tienen derecho a gozar de buena salud. Esta condición se encuentra estrechamente relacionada al respeto del derecho a la vida y la integridad personal (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 12.1).

Durante la privación de libertad, los reclusos conservan su derecho fundamental de gozar de una buena salud, tanto física como mental, así como a una atención médica cuyo nivel sea, como mínimo, el mismo que goza la población en general en el país (Principios de ética médica de la ONU aplicables a la función del personal de salud, especialmente los médicos, en la protección de personas presas y detenidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, principio 1; Principios básicos para el tratamiento de los reclusos, Principio 9; y las Reglas de Bangkok, regla 10.1).

El disfrute efectivo del derecho a la salud permite que la persona privada de libertad se encuentre en condiciones de reclamar y disfrutar de todos los medios que le permitan acceder al más alto nivel de bienestar físico, mental y social (Principio X de los "*Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*"). Por lo indicado, el bien protegido por este derecho no puede ser observado como la sola ausencia de enfermedad, debiendo comprenderse "*como el resultado de una serie de condiciones sociales y económicas que configuran un medio favorable para que las personas puedan llevar una vida sana y saludable*" (Miranda, et al., 2014: 90).

Para garantizar el derecho a la salud, es preciso que los Estados dispongan de personal médico y la infraestructura adecuada para tratar todas las deficiencias o enfermedades físicas o mentales que constituyan un obstáculo para la inserción de la persona privada de libertad (Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, regla 62). Además de la infraestructura, el establecimiento penitenciario deberá contar con el material, instrumental y los productos farmacéuticos necesarios para proporcionar a los reclu-

sos enfermos los cuidados y el tratamiento adecuados (Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, regla 22.2). Si a pesar de contar con todas las condiciones en una determinada unidad penal, algunos enfermos requiriesen cuidados especiales, se deberá disponer su traslado a establecimientos penitenciarios especializados o a hospitales civiles (Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, regla 22.2).

Como parte de la organización interna de cada establecimiento penal, toda persona deberá pasar por un "*examen médico apropiado con el menor retraso posible después de su ingreso en el lugar de detención o prisión y, posteriormente, esas personas recibirán atención y tratamiento médico cada vez que sea necesario. Esa atención y ese tratamiento serán gratuitos*" (Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, Principio 24). Además, los médicos que laboren en un establecimiento determinado deberán visitar diariamente a todos los reclusos enfermos, a todos los que se quejen de estar enfermos y a todos aquellos sobre los cuales se llame su atención, como una forma de velar por la salud física y mental de los reclusos (Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, regla 25.1). Las Reglas de Bangkok, respecto de este apartado, adicionan la especificación de que durante el reconocimiento médico esté presente únicamente el personal de salud, salvo, en caso de las mujeres privadas de libertad, que por razones extraordinarias deba participar el personal penitenciario, el que debe ser femenino (regla 11.1).

En la regulación chilena el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios reconoce como función de la administración penitenciaria velar por la vida, integridad y la salud de las personas privadas de libertad (artículo 6 inciso final), garantizando para ello la asistencia médica de la forma más semejante posible a la que se puede ejercer en la vida libre (artículo 10.c).

En forma más detallada, la norma regula la atención médica de esta población en el título tercero, referido a los derechos y obligaciones de los internos (artículos 34 a 38). Así, se garantiza el acceso a tratamientos y hospitalizaciones, tanto en las unidades penales tradicionales como en las unidades concesionadas a empresas privadas (artículo 34). En caso de requerir una atención en un establecimiento hospitalario externo, éste deberá ser autorizado por la Dirección Regional de Gendarmería de Chile, previa certificación del personal médico del establecimiento penal. En casos de urgencia, la referida autorización podrá ser dada por el Jefe de la unidad, debiendo ser ratificada dentro de 48 horas por la Dirección Regional respectiva (artículo 35). La duración de la permanencia del enfermo privado de libertad en los establecimientos hospitalarios externos será definida por el personal médico de Gendarmería (artículo 37).

En resumen, la administración penitenciaria deberá proporcionar lo siguiente:

- Instalaciones debidamente equipadas para las consultas y tratamiento de las personas privadas de libertad.

- Personal de salud suficiente para cubrir las necesidades de atención médica de esta población.
- Un examen médico inicial para verificar el estado de salud en el que se encuentra quien ingresa al establecimiento penitenciario.
- Acceso a consultas médicas periódicas y tratamiento de urgencias al interior del establecimiento penal o en el servicio público de salud.
- Acceso a medicamentos adecuados y suficientes, dispensados por farmacéuticos calificados.
- Cuidados especiales (ejemplo: dieta especial) para quienes lo requieran, por indicación médica.

2.3.2.2.2. Derecho a la Educación

Todas las personas tienen derecho a la educación. La educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 13.1; Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 26; Declaración de San José, principio III.1). Así se puede afirmar que la educación es fundamental para la emancipación de la mujer, la protección de los niños contra la explotación laboral, el trabajo peligroso y la explotación sexual, la promoción de los derechos humanos y la democracia, entre otros aspectos (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, 1999).

En el ámbito penitenciario este derecho también está expresamente reconocido (Principios básicos para el tratamiento de los reclusos, principio 6; Consejo Económico y Social, 1990) y cumple un papel decisivo en la reinserción social, al constituir el principal medio para salir de la pobreza y participar plenamente en la comunidad. Es por ello, que la educación en establecimientos penitenciarios debe orientarse al desarrollo de toda la persona, teniendo presentes los antecedentes de orden social, económico y cultural del recluso (Resolución 1990/20 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas); Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, regla 78), debiendo garantizarse su acceso sin discriminación alguna y sin distinción de género. Adicionalmente, deberá tomarse en cuenta la diversidad cultural y necesidades especiales, respetando la identidad cultural e idiomática de las personas privadas de libertad (Miranda et al., 2014: 62).

Las normas internacionales describen los procedimientos a contemplar para hacer efectivo este derecho, siendo un paso prioritario mejorar la instrucción de todos los reclusos (Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos, regla 77.1), la que deberá coordinarse, en cuanto sea posible, con el sistema de instrucción pública a fin de que al ser puestos en libertad puedan continuar sin dificultad su preparación (regla 77.2).

La Resolución 1990/20 del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas recomienda a los Estados Miembros fomentar la educación en los establecimientos penitenciarios,

como una forma de contribuir en la prevención del delito, la inserción social de los/las reclusos/as y la reducción de reincidencia.

En síntesis, de acuerdo a esta Resolución, en concordancia con las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos (regla 40), la formulación de las políticas de educación deberá tener en cuenta los siguientes principios (Miranda et al., 2014: 63):

a) La educación en establecimientos de privación de libertad debe orientarse al desarrollo de toda la persona, teniendo presentes los antecedentes de orden social, económico y cultural del recluso/a;
b) Todos los/las reclusos/as deben gozar de acceso a la educación, con inclusión de programas de alfabetización, educación básica, formación profesional, actividades creadoras, religiosas y culturales, educación física y deportes, educación social, enseñanza superior y servicios de bibliotecas;
c) Se debe hacer todo lo posible por alentar a los/las reclusos/as a que participen activamente en todos los aspectos de la educación;
d) Todos/as los/las que intervienen en la administración y gestión de establecimientos de privación de libertad deben facilitar y apoyar la educación en la mayor medida posible;
e) La educación debe constituir el elemento esencial del régimen penitenciario; no deben ponerse impedimentos disuasivos a los/las reclusos/as que participen en programas educativos oficiales y aprobados;
f) La enseñanza profesional debe orientarse a un desarrollo más amplio de la persona y responder a las tendencias del mercado laboral;
g) Debe otorgarse una función importante a las actividades creadoras y culturales, que son especialmente indicadas para permitir a los/las reclusos/as desarrollarse y expresarse;
h) Siempre que sea posible, debe permitirse la participación de los/las reclusos/as en actividades educativas fuera de los establecimientos de privación de libertad;
i) Cuando la instrucción debe impartirse en el establecimiento de privación de libertad, se debe contar con la mayor participación posible de la comunidad exterior;
j) Se deben proporcionar los fondos, el equipo y el personal docente necesarios para que las personas privadas de libertad puedan recibir la instrucción adecuada.

Respecto de la población privada de libertad menor de edad o joven, la educación adquiere un protagonismo mayor por el proceso formativo en el que se encuentra este grupo. Así, las Reglas de Bangkok destacan la necesidad de garantizar el acceso a la educación en forma igualitaria, tanto a hombres como mujeres menores de edad privados de libertad (regla 37).

En el ámbito nacional, Chile, a través de su Reglamento de establecimientos penitenciarios, declara que toda persona privada de libertad podrá efectuar estudios de enseñanza básica en forma gratuita (artículos 10 c) y 59), siendo responsabilidad de la

Administración penitenciaria generar todas las condiciones para facilitar este ejercicio. Asimismo, la Administración incentivará a los internos a realizar estudios de enseñanza media, técnica o de otro tipo, entendiendo que con ello colabora con la reinserción social de los privados de libertad.

2.3.2.3. Derecho a defensa

Tal como lo señalan los Principios Básicos sobre la función de los Abogados relativo a las salvaguardias especiales en asuntos penales, la protección adecuada de los derechos humanos y las libertades fundamentales que toda persona puede invocar, ya sean económicos, sociales y culturales o civiles y políticos, requiere que todas las personas tengan acceso efectivo a servicios jurídicos prestados por una abogacía independiente. Esta exigencia cobra mayor vigor tratándose de personas privadas de libertad que, por su condición de tales, encuentran barreras de diversa índole, pero especialmente económicas, para contar con un abogado defensor y poder ejercer efectivamente su derecho a defensa. Todos los elementos políticos-criminales que justifican las características y amplitud del derecho a defensa en la etapa de conocimiento del proceso penal están presentes en aquellos incidentes de la etapa de ejecución cuyas decisiones signifiquen una alteración sustancial, ya sea cualitativa o cuantitativa, de la forma en que se cumple la pena (Rivera y Salt, 2005: 209) y en los incidentes en que esté en juego la vigencia de un derecho fundamental (Rivera y Salt, 2005: 213), y por tanto, ellas deben mantenerse en esta etapa.

Así, por lo demás, lo recalcan las Reglas 28 y 29 de las 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad, que destacan la defensa ante todas las jurisdicciones y en todas las instancias judiciales.

El derecho a defensa, en sus dos aristas —defensa material y defensa técnica— se encuentra recogido, como garantía indispensable para un debido proceso, en prácticamente todos los instrumentos internacionales de derechos humanos, tanto generales como específicos del ámbito penitenciario.

Defensa Material

La defensa material consiste en el ejercicio de los derechos que la Constitución y las leyes (y los instrumentos internacionales de derechos humanos) le confieren al imputado durante el procedimiento: derecho a intervenir en el procedimiento (derecho a ser oído); derecho a conocer el contenido de la actuación; derecho a que la comunicación sea detallada, sin demora y en un idioma que comprenda; derecho a contradecir una imputación; derecho a presentar pruebas; derecho a hacer valer las alegaciones que estime convenientes para su defensa; derecho a declarar como mecanismo de defensa; derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo (derecho a guardar silencio); derecho a no ser interrogado bajo ninguna clase de coacción, amenaza o promesa y derecho a declarar asesorado por un abogado de confianza.

El reconocimiento normativo del derecho de defensa material lo encontramos a nivel internacional en diversos tratados e instrumentos que le son aplicables a las personas privadas de libertad: artículo 14 PIDCP (con excepción de su numeral cuarto); artículo 8.1 y 8.2 letras a, b, c, f, g y h CADH; Regla 30.2 y 30.3 Reglas Mínimas; Regla 51 de las 100 Reglas de Brasilia; Principio 30.2 del Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión y Principio V (debido proceso legal) de los Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas.

En las normas nacionales, al igual que en la normativa internacional, se garantiza a toda persona el derecho a defensa jurídica, sin que la falta de recursos o cualquier otra condición puedan ser un obstáculo para su ejercicio efectivo. A nivel constitucional, el artículo 19 N°3 inciso 2 garantiza a toda persona el derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale, cumpliendo con este mandato el Código Procesal Penal en sus artículos 7, 8, 93 y 466. Estas disposiciones, como veremos, determinan el titular del derecho de defensa, su extensión temporal y su contenido.

En lo relativo a la normativa penitenciaria nacional, escasas son las referencias al derecho de defensa material de los condenados durante el cumplimiento de sus condenas: artículos 9 y 58 (derecho a petición, queja y al recurso) y artículo 82 del Reglamento de establecimientos penitenciarios (derecho a ser oído). Finalmente, el reconocimiento normativo del derecho de defensa material de los privados de libertad, en cuanto interesados en un procedimiento administrativo, lo encontramos en los artículos 10, 17 letra f) y 22 de la Ley Nº 19.880 Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos que rige los actos de los órganos de la administración del Estado.

Defensa técnica

Por su parte, la defensa técnica consiste en el derecho de ser asistido o defendido por un letrado desde la primera actuación del procedimiento y surge como consecuencia necesaria de la complejidad del proceso moderno, de su carácter eminentemente técnico-legal y de los intereses en juego (Horvitz y López; 2002: 228). La defensa técnica aparece entonces como un requisito para garantizar la igualdad de armas en el proceso penal, una de las características del debido proceso en un Estado de derecho, a fin de evitar la desigualdad de medios que poseen las personas perseguidas penalmente y el Estado. Esta situación de desigualdad entre el individuo y las instituciones estatales, se mantiene e incluso se agrava respecto de aquellas condenadas y privadas de libertad. No garantizar la defensa técnica en los casos en que los internos no están capacitados para defenderse por sí mismos significa desvirtuar el derecho de defensa tornándolo de imposible cumplimiento (Rivera y Salt; 2005: 212)

La defensa técnica comprende: el derecho a designar abogado; derecho a comunicarse libre y privadamente con él; derecho a contar con un abogado proporcionado por

el Estado cuando se carezca de un defensor de confianza. Por su parte, el Estado tiene la obligación de designar abogado cuando la persona no ha solicitado o no ha nombrado uno. Asimismo, el abogado defensor deberá siempre respetar y actuar según las instrucciones de su defendido.

Reconocimiento normativo

Su reconocimiento normativo internacional lo encontramos en los artículos 8.2 letras d) y e) CADH y 14.3 letra d) PIDCP; Principio 17 del Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión; Principio V inciso 4 (debido proceso legal) de los Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas; Regla 29 de las 100 Reglas de Brasilia. A nivel nacional, la norma fundamental lo reconoce en su artículo 19 N°3 inciso tercero. Por su parte, el Código Procesal Penal lo establece en el artículo 93 letra b). Asimismo, la Ley N° 19.718 que crea la Defensoría Penal Pública lo señala en sus artículos 2 y 35 (proporcionar defensa penal a imputados que carezcan de abogado) y finalmente en el ámbito de los procedimientos administrativos se recoge en los artículos 10 inc. 3° y 22 Ley Nº 19.880 Ley de bases de los procedimientos administrativos que rige los actos de los órganos de la administración del Estado (asistencia y defensa mediante apoderados).

En cuanto a las disposiciones nacionales de carácter penitenciario, no existe ninguna norma que contemple expresamente el derecho a designar un defensor.

Titular y extensión del derecho de defensa

El titular de este derecho son todas las personas a las cuales se les atribuyere participación en un hecho punible. Las diversas facultades, garantías y derechos, entre ellos el derecho a defensa, que se le reconocen al imputado, podrán ejercerse desde la primera actuación del procedimiento y hasta la completa ejecución de la sentencia (artículo 7 Código Procesal Penal). En consonancia con ello, y ya en el ámbito propio de la ejecución de las sentencias condenatorias y medidas de seguridad, el artículo 466 del mismo Código establece que los intervinientes durante la etapa de ejecución serán el Ministerio Público, el imputado y su defensor. De manera directa, el artículo 102 del Código Procesal Penal, relativo al derecho a designar libremente a un defensor, establece que el imputado tendrá derecho a designar libremente uno o más defensores de su confianza desde la primera actuación del procedimiento y hasta la completa ejecución de la sentencia que se dictare y si no hubiere uno, el juez deberá designarle un defensor penal público.

Las disposiciones mencionadas permiten afirmar que el término imputado tiene un carácter genérico, que no se circunscribe únicamente a las personas que están siendo investigadas o juzgadas por la justicia criminal, sino que también comprende a aquél respecto del cual se ha dictado una sentencia condenatoria firme o ejecutoriada, esto es, el condenado y que éste tiene derecho a defensa durante todo el cumplimiento de su condena.

Visitas y entrevistas con el abogado defensor
Además del acceso a familiares y amigos, los reclusos suelen tener necesidad de mantener contacto con abogados y otros profesionales, como miembros de ONG o inspectores de derechos humanos.

Derecho a entrevistarse privadamente
La privacidad de las comunicaciones entre el abogado defensor y la persona privada de libertad es un requisito indispensable para el secreto profesional, que ampara estas comunicaciones. La administración penitenciaria deberá proporcionar a la persona privada de libertad todas las facilidades para que la visita y entrevista con su abogado defensor se desarrolle en lugares que permitan resguardar la confidencialidad de ella.

Durante las entrevistas con su abogado, el acusado podrá ser vigilado visualmente, pero la conversación no deberá ser escuchada por ningún funcionario de la policía o del establecimiento penitenciario (Regla 93 de las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos). Lo mismo establece el Principio 18 del Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión y el principio 8 de los Principios básicos sobre la función de los abogados en cuanto se les deberá facilitar a las personas privadas de libertad oportunidades, tiempo e instalaciones adecuadas para recibir visitas de su abogado, entrevistarse con él y consultarle, sin demora, interferencia ni censura y en forma plenamente confidencial. Estas consultas podrán ser vigiladas visualmente por un funcionario encargado de hacer cumplir la ley, pero no se escuchará la conversación.

La privacidad de la entrevista con el abogado defensor se encuentra también amparada en nuestra normativa. El artículo 9 del Decreto 643/2000 que aprueba el reglamento de visita de abogados y demás personas habilitadas a los establecimientos penitenciarios establece que éstos deberán habilitar dependencias que reúnan condiciones de privacidad y comodidad indispensables para la atención profesional de los internos, para cuyo efecto el personal de vigilancia prestará la necesaria colaboración.

Visita de abogado defensor no admite suspensión
El artículo 44 del Reglamento de establecimientos penitenciarios establece, como principio que rige estas comunicaciones, el que ellas no pueden suspenderse en caso alguno, ni siquiera en situaciones de incomunicación judicial. La suspensión podría significar una limitación injustificada del derecho a defensa judicial, consagrado constitucionalmente. En los casos de incomunicación judicial, la visita se llevará a cabo de la manera prevista en la ley.

- Casos de incomunicación judicial. Los artículos 151 y 94 letra f) del Código Procesal Penal establecen dicha regulación: en caso de que el Tribunal, cuando ello fuere necesario para el éxito de la investigación, restringa o prohíba las comunicaciones del

detenido o preso (hasta por 10 días), dicha restricción no alcanzará, sin embargo, las comunicaciones del imputado con su abogado defensor ni con el propio Tribunal, las que se llevarán a cabo de acuerdo al régimen del establecimiento de detención, el que sólo contemplará las restricciones necesarias para el mantenimiento del orden y la seguridad del recinto.

- Casos de condenados con sanciones disciplinarias. El artículo 4 del Reglamento de visitas de abogados señala claramente que las autoridades penitenciarias no tienen la facultad para suspender el derecho de los internos a ser visitados por las personas a cargo de su defensa judicial y, la circunstancia de que un interno se encuentre sancionado con suspensión de visitas, internación en celda de aislamiento u otra sanción impuesta por la autoridad penitenciaria de acuerdo al Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, no faculta a ésta para impedir que el interno sea visitado por su abogado u otras personas habilitadas con la finalidad de asesorarlas jurídicamente o de asumir su representación judicial. Por el contrario, en resguardo al derecho de defensa, el reglamento de visita en su primer artículo establece que se otorgarán las más amplias facilidades a los internos para contar con la asesoría jurídica de personas autorizadas para representar en juicio, no sólo en la defensa de las causas penales que se siguen en su contra, sino que también en todo otro negocio jurídico o gestión judicial que por su naturaleza, requiera la intervención de un letrado.

2.3.2.4. Derecho a la dignidad

Como ya fue afirmado, con la privación de libertad, la persona solo pierde el derecho a la libertad de tránsito pero no el resto de sus derechos, especialmente en cuanto estos sean indispensables para garantizar la dignidad, dado que ésta constituye un requisito fundamental para el reconocimiento del derecho a la integridad personal, física y psíquica (CADH, artículos 5.1 y 2).

Uno de los valores más importantes en un Estado democrático de derecho es el respeto por la dignidad inherente de todos los seres humanos, sea cual fuere su situación personal o social. Una de las más grandes pruebas de este respeto de este derecho reside en el modo como la sociedad trata a quienes han infringido, o han sido acusados de infringir, la legislación penal. El personal penitenciario, en representación de la sociedad, tiene un papel especial en el respeto de su dignidad, al margen del delito cometido, sin poder alegar argumentos de seguridad ni de gestión del establecimiento penal, para justificar la vulneración de este derecho.

Las normas internacionales expresamente reconocen que toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido de su dignidad (PIDCP, artículo 10.1; CADH, artículo 5.2; Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos, Principio 1; y el Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, Principio 1). En el plano nacional, el

Reglamento Penitenciario establece que el personal de Gendarmería de Chile deberá otorgar a cada persona bajo su custodia un trato digno de su condición humana. Cualquier trato vejatorio o abuso de autoridad será debidamente sancionado conforme a las leyes y reglamentos vigentes (artículo 15).

La dignidad de las personas privadas de libertad debe ser la base para situar la gestión penitenciaria. Es el elemento fundamental que nunca deben perder de vista las autoridades penitenciarias, los administradores de prisiones ni el personal penitenciario responsable por la puesta en práctica de la política penitenciaria.

Para que el Estado cumpla la obligación de respetar la dignidad de la persona privada de libertad, debe satisfacer una serie de requisitos básicos. Entre ellos: proporcionar alojamiento, condiciones higiénicas, indumentaria, camas, alimentos, bebidas y ejercicio adecuados.

El encarcelamiento en nuestra región muchas veces puede suponer el alojamiento espacios hacinados. Esto presenta una serie de problemas específicos, por el riesgo sanitario, dado que existe una sobrerrepresentación de reclusos con enfermedades infecciosas como la TBC, que conviven en condiciones de mala ventilación, con restricciones de acceso a agua potable, a vestimenta adecuada al clima del lugar de reclusión, con restricciones para realizar ejercicios y para acceder a la luz solar y al aire fresco, con acceso limitado a cantidades suficientes de alimentos o líquidos. Todo ello puede generar serios daños a la salud, además de afectar el respecto de su dignidad humana.

Al respecto, las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, reglamentan las condiciones bajo las cuales debe materializarse la reclusión (regla 9 a 21).

Lugar de alojamiento

Las celdas o cuartos destinados al aislamiento nocturno no deberán ser ocupados más que por un solo recluso (Regla 9. 1). Los ambientes destinados a los reclusos, especialmente durante la noche, deberán satisfacer las exigencias de la higiene, habida cuenta del clima, particularmente en lo que concierne al volumen de aire, superficie mínima, alumbrado, calefacción y ventilación (regla 10).

En los espacios donde los reclusos tengan que vivir o trabajar, las ventanas tendrán que ser suficientemente grandes para que el recluso pueda leer y trabajar con luz natural; y deberán estar dispuestas de manera que pueda entrar aire fresco, haya o no ventilación artificial; y la luz artificial tendrá que ser suficiente para que el recluso pueda leer y trabajar sin perjuicio de su vista (Regla 11).

El alojamiento en el que residan los reclusos debe satisfacer ciertas normas básicas. Las normas internacionales dejan claro que los reclusos deben disponer de suficiente

espacio para vivir, con acceso a suficiente aire y luz para mantenerse sanos. El hacinamiento puede tomar diferentes formas. En algunos casos implica que las celdas diseñadas para una sola persona sean ocupadas por varios reclusos, pudiendo, en casos más extremos, ser compartida por 12 o 15 individuos.

En general, los instrumentos internacionales no especifican un espacio mínimo para cada recluso. En años recientes, el Comité Europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes, del Consejo de Europa, ha tomado algunas iniciativas en tal sentido. La regulación internacional prioriza las celdas individuales por sobre las compartidas, no obstante, en Latinoamérica, la cultura carcelaria tiende a la vida comunitaria, por lo que las celdas suelen ser ocupadas por grupos de reclusos. Esta situación es aceptada, siempre que se respeten algunos criterios (PRI, 2008):

- Deben establecerse criterios de selección de los reclusos que compartirán alojamiento, en celdas comunitarias.
- Durante la noche, estas celdas deben contar con vigilancia regular.
- En cuanto al espacio físico considerado adecuado, el Comité Europeo para la prevención de la tortura plantea recomendaciones específicas, estableciendo que, como *estándar mínimo*, una celda compartida por dos reclusos debe tener 6 mts^2 y una celda individual debe contar con 4 mts^2. Estos valores deben ponderarse en relación al número de horas que un recluso pasa encerrado en esa celda.

Instalaciones sanitarias

Las instalaciones sanitarias deberán ser adecuadas para que el recluso pueda satisfacer sus necesidades naturales en el momento oportuno, en forma aseada y decente (Regla 12). Los baños y duchas deberán ser adecuadas para que cada recluso pueda tomar un baño o ducha a una temperatura adaptada al clima y con la frecuencia que requiera la higiene general según la estación y la región geográfica, pero por lo menos una vez por semana en clima templado (Regla 13).

El acceso a las instalaciones sanitarias adecuadas, que son un medio para reducir la posible propagación de enfermedades entre reclusos y personal, no sólo tiene por objeto proporcionar a todos el derecho de mantenerse limpios, sino también de mantener el respeto por sí mismos. Las instalaciones sanitarias deben ser de fácil acceso, limpias y privadas para garantizar la dignidad y la autoestima del recluso.

Vestimenta

Todo recluso a quien no se permita vestir sus propias prendas recibirá las apropiadas al clima y suficientes para que se mantenga en buena salud. Dichas prendas no deberán ser, en modo alguno, degradantes ni humillantes (Regla 17.1). En circunstancias excepcionales, cuando el recluso se aleje del establecimiento para fines autorizados, se le permitirá que use sus propias prendas o vestidos (Regla 17.3 y 18).

En cuanto a la indumentaria de las personas privadas de libertad, las normas internacionales obligan al Estado a proporcionar la indumentaria adecuada para mantener fresco o abrigado al recluso, en función de su estado de salud, y prohíbe que se les vista de manera degradante o humillante. También obligan al Estado a mantener la vestimenta limpia e higiénica, y a proporcionar a los reclusos los medios para ello. En muchos países las personas privadas de libertad son obligadas a usar el uniforme proporcionado por la prisión. Normalmente, esto suele justificarse con argumentos basados en la seguridad y la igualdad. Algunas jurisdicciones carecen de los recursos suficientes como para proporcionar indumentaria oficial a sus reclusos, y esperan que usen sus propias vestimentas. En otros sistemas, los reclusos que no suponen un riesgo de fuga están autorizados a vestir sus propias prendas. En muchos países, las reclusas tienen permitido usar sus ropas civiles. La oportunidad de usar vestimenta asociada al mundo exterior, y que refuerza el sentimiento de identidad individual, es muy valorada entre las personas privadas de libertad.

Los puntos referidos a la alimentación, a la higiene, a la provisión de agua potable y al acceso a desarrollar actividad deportiva serán tratados en el Capítulo 9 relativo a las diversas prestaciones en el sistema penitenciario.

2.3.3. Deberes de los reclusos

La observancia de las normas reglamentarias resulta imprescindible para asegurar un orden mínimo dentro de un establecimiento penitenciario que permita el buen funcionamiento del recinto así como la realización de las diversas actividades contempladas para la reinserción social. A su vez, la observancia de dichas normas forma parte del proceso de reinserción social, en cuanto éste supone el aprendizaje y cumplimiento de las reglas establecidas para una vida comunitaria ordenada. Puede decirse que el cumplimiento de las normas de conducta conlleva, en sentido general y básico, un primer acercamiento —en condiciones de encierro— a la comprensión de lo que representa la ley y su utilidad y, por consiguiente, una actitud de respeto en función de lo que ella establece (López y Machado; 2004: 229).

El artículo 33 del Reglamento de establecimientos penitenciarios establece cuáles son los deberes que deben cumplir todas las personas que se encuentren en una unidad penal, ya sea en calidad de detenidos, sujetos a prisión preventiva o condenados.

2.3.3.1. Permanecer en el establecimiento penitenciario hasta su liberación

La imposición de una condena privativa de la libertad importa la restricción, en primer término, de la libertad de circulación de la persona en cuanto ésta deberá permanecer recluida en la unidad penal asignada para el cumplimiento de su condena. Más allá de los diversos beneficios intrapenitenciarios que contemple la normativa y que importen una flexibilización del cumplimiento de la condena en términos de gozar de ciertos espacios de libertad fuera de la unidad penal (ejemplo: permisos de salida), la persona condenada

deberá permanecer recluida hasta el momento de su egreso por cumplimiento efectivo de la pena o por la obtención de la libertad condicional. En nuestro ordenamiento jurídico, a diferencia de otros comparados, la fuga del preso desde la unidad penal configura un ilícito penal de quebrantamiento de condena, contemplado en los artículos 90 y 91 del Código Penal, que distinguen dos hipótesis: quebrantamiento de condena y comisión de un nuevo delito con posterioridad al quebrantamiento. En el primer caso, las penas asociadas a dicha conducta ilícita se asemejan más bien a sanciones propias del ámbito disciplinario administrativo (ejemplo: incomunicación con personas extrañas al establecimiento penal).

Por su parte, el Reglamento de establecimientos penitenciarios, en el artículo 78 letra d) tipifica como falta grave el intento, la colaboración o la consumación de la fuga, la que puede ser sancionada disciplinariamente hasta con internación en celda solitaria.

Finalmente, y más allá de las consecuencias que dichas faltas producirán en la calificación de conducta del condenado privado de libertad, y por ende en el sistema progresivo, las hipótesis de quebrantamiento y de fuga o de intento de fuga configuran una causal de exclusión para la Ley Nº 19.856 de rebaja de condena.

2.3.3.2. Acatar las normas de régimen interno

Todas las personas recluidas en un establecimiento penitenciario deberán cumplir con las sanciones disciplinarias que les sean impuestas en caso de infracciones a las disposiciones de orden y disciplina. Es necesario recordar que el régimen disciplinario se aplica tanto a condenados como a detenidos y sujetos a prisión preventiva.

En consonancia con este deber, el artículo 26 Reglamento de establecimientos penitenciarios, relativo al régimen penitenciario, señala que todos los internos están obligados a cumplir los preceptos reglamentarios y especialmente, los de orden y disciplina, sanidad e higiene, corrección en sus relaciones y en su presentación personal, así como conservar cuidadosamente las instalaciones del establecimiento y el utensilio y vestuario que eventualmente les sean proporcionados.

2.3.3.3. Observar una conducta correcta con los demás reclusos

Para un buen orden interno se requiere también que la persona privada de libertad mantenga una normal actitud de respeto y consideración con sus compañeros de internación o con cualquier persona que se encuentre al interior del establecimiento. Ello comprende especialmente a los funcionarios penitenciarios, con quienes conviven diariamente y a las autoridades judiciales o de otro orden, ya sea dentro de los establecimientos como fuera de ellos, con ocasión de traslados o prácticas de diligencias.

2.3.3.4. Conservar el orden y aseo de las dependencias que habitan y del establecimiento, y mantener una presentación personal aseada

El cumplimiento de este deber es uno de los elementos que comprende la calificación de conducta de la persona condenada privada de libertad, que efectúan los

profesionales que integran el Tribunal de Conducta de cada establecimiento penitenciario de cumplimiento.

Más allá de las consecuencias jurídicas específicas asociadas a determinados deberes (permanecer en la unidad penal), lo cierto es que el incumplimiento de todos ellos importa la configuración de una falta disciplinaria, que podrá ser grave, menos grave o leve, según las circunstancias del caso. Estas faltas serán sancionadas disciplinariamente (impacto cualitativo en el cumplimiento de la pena) y en casos de faltas graves y menos graves importarán una rebaja importante en la calificación de conducta bimestral. La rebaja en la calificación, a su vez, afectará también cualitativa y cuantitativamente el cumplimiento de la condena en cuanto incidirá en la postulación y mantención de los beneficios intrapenitenciarios.

Capítulo 3. Relación espacial y temporal de la pena de prisión

3.1. Introducción

La pena de prisión se encuentra limitada por una doble coordenada de espacio y de tiempo. Ambas guardan una estrecha relación con los objetivos de esta pena. Sin tener en cuenta los fines que a lo largo de la historia se le han dado a la prisión es imposible entender los cambios, las reformas y modelos de ambas coordenadas. Así, por ejemplo, la desaparición de las penas cortas de prisión no son imaginables en un sistema retributivo, solo bajo el prisma resocializador ha sido que los legisladores han evitado entradas a la prisión por periodos cortos de tiempo, conscientes de que es mayor el daño que se produce que los beneficios preventivos que se obtienen tanto para la sociedad como para el condenado. El tiempo penitenciario en el sistema retributivo estaba estancado, todo sucedía de igual manera al comienzo y al concluir la ejecución de la pena. En la actualidad los fines preventivos obligan a entender el tiempo penitenciario de forma dinámica y cambiante, de manera que multitud de circunstancias, algunas imprevisibles, en la medida que pueden aparecer durante la ejecución, van a dar lugar a una pena mutante en sus elementos esenciales. El régimen, es decir, las condiciones de vida dentro del establecimiento, no puede diseñarse de espaldas a los fines preventivos, que impregnan toda la prisión de un especial significado. Con cierta candidez proclama la legislación española, que su fin es lograr el ambiente adecuado para el éxito del tratamiento y, en consecuencia, las funciones regimentales son consideradas como medios y no como finalidades en sí mismas (artículo 71). También los modelos arquitectónicos se encuentran estrechamente relacionados con las propuestas regimentales. Mientras que en un escenario retributivo a la prisión solo se le exigía funciones custodiales y para la reclusión bastaban con edificios excedentes o de desecho del mundo militar o monástico. Los fines preventivos demandaban una distribución más racional y funcional del espacio para asegurar la eficacia de un régimen orientado hacia la recuperación del condenado, en donde la población monolítica de otras épocas daba paso a distribuciones y a clasificaciones dinámicas, propuestas por las ciencias de la conducta para rentabilizar el tiempo penitenciario de cara a esos objetivos.

3.1.1. El establecimiento penitenciario

A pesar de lo anterior y aunque los pronunciamientos del legislador a favor de los fines resocializadores no han cambiado en las últimas décadas, la política penitenciaria resocializadora ha dejado paso a una política condicionada por razones de economía y de seguridad. Debido fundamentalmente al vertiginoso empleo de la pena de prisión y al, consiguiente, aumento de la población penitenciaria en todo el mundo, se ha abandonado el camino de las alternativas a la pena de prisión y como única respuesta se construyen más y más prisiones. Esta errada política, ha obligado a apostar por una construcción y unos regímenes penitenciarios enfrentados a las exigencias resocializadoras. De ellos podemos destacar, las siguientes características: Grandes construcciones; reducción de los recursos disponibles; ruralización; debilitamiento de los principios de normalización, de diversidad y legalidad.

3.1.1.1. Definición

El establecimiento penitenciario es una entidad arquitectónica, administrativa y funcional con organización propia. Jurídicamente son equivalentes las expresiones establecimiento y prisión, si bien esta última se emplea en el doble sentido de pena y lugar en el que se interna a los condenados a la pena privativa de libertad. Un establecimiento penitenciario suele estar conformado por distintos edificios o unidades de construcción. Más allá de esto, el derecho comparado presenta una constelación de expresiones para referirse a otros espacios funcionales. Expresiones como unidad, departamento, modulo, sección etc. se emplean para llamar a cada uno de los espacios en que se fracciona el establecimiento para dar cumplimiento a lo que disponen las leyes sobre separación de los privados de libertad.

3.1.1.2. Tipos de establecimientos. Los centros polivalentes

Desde la perspectiva arquitectónica el hecho de que un establecimiento se dedique a uno u otro régimen penitenciarios implica profundos cambios. Así una prisión abierta debe empezar por perder sus características de prisión, tales como muros, cerramientos de seguridad, garitas, etc.; además su ubicación está integrada necesariamente en la ciudad, sin que presente signos exteriores que denoten otra cosa que una vivienda para una colectividad de vecinos. También son diferentes las características de un hospital penitenciario, en donde los criterios de distribución del espacio están determinados por razones hospitalarias, incluso, cediendo los criterios de seguridad.

Sin embargo, en la práctica y, por razones económicas, se ha impuesto un modelo al que podemos denominar polivalente. Esto quiere decir que el espacio arquitectónico dedicado a uno u otro régimen apenas va a presentar más diferencias que las de ubicación dentro del establecimiento y otras circunstancias accidentales.

El establecimiento polivalente, entendido como centro capaz de desarrollar en su interior las funciones correspondientes a distintos regímenes, no es nuevo, sino que es una

tendencia previsible, porque sintoniza mejor que cualquier otro modelo con las nuevas políticas penitenciarias, en parte, al disminuir la necesidad de desplazamientos, y, en parte, porque proyecta sobre el conjunto de las instituciones penitenciarias un nivel de seguridad máximo. Si esta proyección no afecta a quienes se encuentran clasificados como sujetos muy peligrosos, si tiene, sin embargo, unos efectos muy negativos para el resto de los penados y, en especial, para aquellos que disfrutan de los regímenes más benevolentes o para quienes entran en prisión a cumplir penas cortas y no presenta problemas de riesgos de fuga. Frente a todos ellos se actúa ya desde el propio diseño arquitectónico con exceso penitenciario, lesionando el principio de intervención mínima. Esta normalización del modelo más grave —también en el plano arquitectónico— se ha manifestado en la propia evolución de los establecimientos de máxima seguridad cuya tendencia es a disminuir, quedando convertidos, más que antes, en un instrumento simbólico de reforzamiento del régimen disciplinario.

Las normas internacionales apenas hacen referencias a las condiciones arquitectónicas de los establecimientos. En algunos casos se señala, con carácter general, las exigencias mínimas para asegurar su habitabilidad ("*Las personas privadas de libertad deberán disponer de espacio suficiente, exposición diaria a la luz natural, ventilación y calefacción apropiadas, según las condiciones climáticas del lugar de privación de libertad*" P. XII Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de libertad en las Américas).

3.1.1.3. Módulos

El módulo resulta un elemento arquitectónico de reciente incorporación a las instalaciones penitenciarias. Se puede afirmar que el módulo es un establecimiento o una microprisión desprovista de los servicios y prestaciones generales, los cuales le vienen suministrados por el centro penitenciario en el que se incardinan. El módulo ha venido a sustituir, en parte, a las galerías y el módulo tiene como objetivo lograr las mejores condiciones de internamiento mediante una doble estrategia: diseño físico de la cárcel y gestión de los internos en el espacio.

Entre las características más destacadas de los módulos podemos señalar las siguientes:

- Los módulos permiten que los internos se puedan mover en su interior con bastante libertad y establecer una relación más estrecha entre ellos, en comparación con las galerías ya que todo el sistema de seguridad se establece en sus contornos, evitándose de esta manera una sucesión de espacios con separaciones rígidas.
- En el interior el módulo dispone de todos los servicios básicos. El interno puede acceder a ellos con bastante facilidad y, además, los desplazamientos intermodulares son muy escasos porque el módulo es bastante autosuficiente. La incorporación de la iluminación natural, colores, nuevos diseños y nuevas tecnologías, logra que en el interior haya un ambiente que no hace recordar a una prisión, sino a las instalaciones de un club privado (salones, zonas deportivas propias y de esparcimiento, patio, comedor, etc.).

- La cantidad de celdas por módulos estaba inicialmente prevista que no fueran superior a 60 o, incluso, menos. Al disponer de un espacio independiente pero reducido, una mayor densidad de población no sería soportable. El incremento de la población penitenciaria está forzando la masificación de los módulos, lo que resulta para sus habitantes más insoportable por sus escasas dimensiones.
- El diseño permite una desubicación controlada de los internos para aumentar la sensación de privacidad. Estos pueden moverse por grupos espontaneos en distintos zonas del módulo transmitiendo una relativa y cómoda sensación de libertad.
- El personal penitenciario que trabaja dentro del módulo no asume competencias relacionadas con la seguridad, salvo las imprescindibles. Por el contrario, se mueve en su interior en funciones positivas de asistencia, coordinación y asesoramiento. Esto es posible porque, como ya hemos indicado, el perímetro de seguridad se despliega por el exterior. No obstante, el diseño arquitectónico responde a los parámetros del panóptico, aunque aprovechan espacios abiertos sin obstáculo a una natural función de observación.
- Las prisiones diseñadas a partir del módulo y no de las galerías resultan mucho más seguras porque la impermeabilidad de los módulos logra que, un eventual conflicto en uno de ellos, pueda ser absolutamente aislado sin riesgo para el resto del establecimiento. Desde una perspectiva de seguridad el módulo logra la máxima fragmentación tanto de las personas como del espacio y de esta manera se economizan los recursos operativos de seguridad que, en caso de crisis intervendrán en un espacio muy reducido.
- Comparativamente, sin embargo, los internos terminan teniendo menos movilidad en el diseño modular. Los diseños convencionales ofrecen grandes patios y obligan a desplazamientos dentro del centro de unos lugares a otros. Ciertamente, esos desplazamientos pueden convertirse en puntos débiles del sistema de seguridad pero evitan la sensación de claustrofobia modular que se produce cuando no puedes abandonar un módulo durante periodos largos de tiempo. La falta de horizonte puede producir graves problemas sensoriales y derivar en daños irreversibles cuando se trata de internamientos de larga duración.
- Una de las principales causas de violencia en las cárceles es el dominio que practican en ellas las mafias carcelarias. Los módulos ayudan a combatirlas gracias a la fragmentación de los grupos. En un grupo de menos de cien personas podrá haber un líder pero no permite estructurar un grupo de poder alternativo. Y, aun así, el líder debido a la estrecha relación interpersonal tiene un poder debilitado.
- El módulo como una forma natural de luchar contra las mafias carcelarias se ve respaldado en esa función cuando se organiza interiormente a partir de la autorresponsabilidad y la participación de todos.

3.1.1.4. Ubicación y capacidad

I. Las normas internacionales no son muy dadas a concretar en qué condiciones materiales se debe de cumplir la pena o, dicho de otras forma, que condiciones materiales serían ya insoportables desde la perspectiva del respeto a los derechos fundamentales

de los privados de libertad. La respuesta a preguntas sobre la ubicación de un establecimiento o sobre su capacidad no resulta fácil porque depende de una pluralidad de factores, de modo que no hay una respuesta univoca, sino que deberá considerarse, entre otras cosas, las circunstancias personales de los condenados.

La cuestión de la ubicación de los establecimientos penitenciarios ha sido objeto de un constante debate técnico y político. Si las razones económicas y de seguridad recomienda que los establecimientos se sitúen en zona rural, donde el suelo es más económico y las posibilidades de vigilancia mejores, sin embargo, razones de coherencia con los principios resocializadores exigen acercar las prisiones al medio urbano, para que la geografía no añada una circunstancia más al estigma penitenciario. No obstante, sí existen pronunciamientos de los tribunales internacionales de derechos humanos en el sentido de que imponer a un interno condiciones de ubicación extrema o masificación que reduce los servicios mínimos de alimentación, higiene o sanidad es un trato inhumano y degradante del que deben responder quienes toman esas decisiones.

La prisión del siglo XIX estaba concebida como un elemento de la trama urbana, como las estaciones, los hospitales o los colegios, y estaba situada generalmente en los alrededores de las ciudades. Su aspecto exterior, austero y tenebroso, permitía a la población distinguirlo del resto de los edificios. Fue, sobre todo después de la Guerra Mundial cuando, por las razones antes indicadas, comenzó a extenderse un modelo penitenciario diseminado, que ocupaba grandes extensiones de terrenos. Edificios que sobresalen en el entorno con destacados elementos de seguridad y que obstaculizan los contactos con el exterior tanto de sus habitantes, como de quienes trabajan en él. En este sentido no es exagerado afirmar que la política penitenciaria que se ha seguido tozudamente a favor de la opción rural está en contradicción con los principios que reclaman evitar el desarraigo de los internos.

Las propuestas de los estudiosos de estos temas actualmente van en sentido contrario a la opción rural. Sin que ello sea obstáculo que, para ciertos centros por su dimensión y peligrosidad, sea recomendable dicha opción, la mayoría de ellos deben reconocerse como equipamientos públicos urbanos y, en consecuencia, tiene como cualquier otro su derecho a la ciudad. Tampoco debe olvidarse que la ubicación de los establecimientos penitenciarios por la geografía nacional responde a los mismos criterios de evitar el desarraigo y tener la población penitenciaria a la disposición de la administración de justicia.

II. En cuanto al tema de la capacidad, que debe tener una prisión, no encontramos referencias concretas en la normativa internacional. Por otra parte, tan importante como la capacidad ideal de un establecimiento son los recursos de que dispone, las condiciones de vida en su interior y la movilidad. Las nuevas prisiones plantean una grave problema de disponibilidad de espacio, de manera que aun cuando consumen

grandes extensiones el interno se mueve en un espacio relativamente estrecho. También influyen las condiciones de las zonas comunes. El patio de las prisiones, que es un espacio de encuentro y esparcimiento, en la mayoría de las cárceles es un lugar desagradable e inhóspito, donde se encuentra una muchedumbre de presos hacinados en un espacio muy pequeño y sucio, sin apenas equipamientos.

Con todo se puede dar por válido que las prisiones de grandes dimensiones están deshumanizadas, se organizan con criterios de grandes centros industriales en los que la mercancía cuya cuidado se gestiona son personas privadas de libertad. Los cargos de responsabilidad no tienen apenas contacto directo con la población y no conocen sus problemas cotidianos, hay una fisura más pronunciada entre el interior y el exterior. Los riesgos para la seguridad se incrementan y las medidas de este tipo se sobredimensionan frente a cualquier otra aspiración. También apostar por establecimientos de pequeñas dimensiones asegura una oferta mayor de regionalización y se evita la desubicación. Pocas legislaciones encontramos —que como en el caso de la española— se pronuncien con detalle sobre el tema de la capacidad, señalando que los "*establecimientos penitenciarios no deberán acoger más de trescientos cincuenta internos por unidad*" (artículo 12.2). En su momento se justificó esta cantidad diciendo que responde a una demanda de las instituciones internacionales a favor de que los países inviertan en centros de pequeñas dimensiones, porque con ello se alcanzan mayores ventajas de cara a la resocialización del interno. Pero la cuidada redacción que se ha dado a la norma, le ha hecho perder eficacia, de forma que se ha entendido por unidad los departamentos de un establecimiento, lo que ha permitido construcciones de grandes dimensiones.

Uno de los problemas que viven las prisiones de todo el mundo es el del hacinamiento. Las causas inmediatas son: la falta de espacio y de recursos y la falta de una cultura jurídica entre los operadores de la justicia penal, que se tome en serio la urgente necesidad de poner en marcha las alternativas a la pena de prisión, las cuales, en términos generales, cumplen suficientemente con las exigencias de prevención general para resolver los conflictos planteados por los delitos de gravedad media y baja, que constituyen más del 50% y que son los causantes de esa sobrepoblación.

Con determinados índices, el hacinamiento puede convertirse en trato inhumano y degradante. En los centros que sufre sobrepoblación escasean los servicios más esenciales como la sanidad y la higiene, poniéndose en riesgo la salud de los internos a los que se les somete a alojamientos inadecuados. Cuando hay una ocupación muy por encima de sus posibilidades se produce un efecto de endurecimiento del régimen, se activan todas las alarmas disciplinarias y las razones de seguridad pasan a ser sobrevaloradas sobre otra consideración. Por el miedo a que la masificación pueda ser instrumentalizada para actos de violencia o fugas se cierran o disminuyen los contactos con el exterior. Los servicios penitenciarios se ven igualmente afectados, las ofertas educativas o socioculturales quedan colapsadas.

Los Principios de Buenas Prácticas han tomado conciencia no solo de la gravedad del hacinamiento, sino también de la frecuencia con la que se da y la actitud de pasividad de las autoridades en estas situaciones dando por valido que se trata de un mal crónico e inevitable de los sistemas penitenciarios modernos. Acertadamente la norma internacional establece con contundencia no solo la gravedad sino el compromiso de resolverla que tienen las autoridades ("*La autoridad competente definirá la cantidad de plazas disponibles de cada lugar de privación de libertad conforme a los estándares vigentes en materia habitacional. Dicha información, así como la tasa de ocupación real de cada establecimiento o centro deberá ser pública, accesible y regularmente actualizada. La ley establecerá los procedimientos a través de los cuales las personas privadas de libertad, sus abogados, o las organizaciones no gubernamentales podrán impugnar los datos acerca del número de plazas de un establecimiento, o su tasa de ocupación, individual o colectivamente. En los procedimientos de impugnación deberá permitirse el trabajo de expertos independientes. La ocupación de establecimiento por encima del número de plazas establecido será prohibida por la ley. Cuando de ello se siga la vulneración de derechos humanos, ésta deberá ser considerada una pena o trato cruel, inhumano o degradante. La ley deberá establecer los mecanismos para remediar de manera inmediata cualquier situación de alojamiento por encima del número de plazas establecido. Los jueces competentes deberán adoptar remedios adecuados en ausencia de una regulación legal efectiva. Verificado el alojamiento de personas por encima del número de plazas establecido en un establecimiento, los Estados deberán investigar las razones que motivaron tal situación y deslindar las correspondientes responsabilidades individuales de los funcionarios que autorizaron tales medidas. Además, deberán adoptar medidas para la no repetición de tal situación. En ambos casos, la ley establecerá los procedimientos a través de los cuales las personas privadas de libertad, sus abogados, o las organizaciones no gubernamentales podrán participar en los correspondientes procedimientos.*")

También la posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha endurecido frente a este tema. La línea jurisprudencial que venía sosteniendo era que a pesar de ser un problema que debía ser atendido por las autoridades, como quiera que la sobrepoblación no era deliberada no podía conceptuarse como trato inhumano y degradante. Las cosas han cambiado a partir de caso Dougoz contra Grecia en el año 2007, donde, en un ejercicio de mayor coherencia se señaló que la circunstancia de que fuera o no deliberado no modificaba en nada que los daños que sufren los internos en un centro hacinado vulnera el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos que prohíbe los tratos degradantes.

3.1.2. La celda

3.1.2.1. Principio celular y su fundamento

I. La celda constituye el espacio más íntimo de que dispone un interno en un medio en donde la intimidad resulta gravemente dañada por la necesidad de compartir un edificio en condiciones de privación de libertad. Solo está razón justifica que se le preste

una especial atención y se favorezca que aquel pueda utilizarla en términos similares a como los moradores utilizan el domicilio. Este objetivo exige prestar atención a las condiciones de habitabilidad, pero también a la protección jurídica de ese espacio.

Si en un principio a lo largo del s. XIX la existencia de la celda respondía casi exclusivamente a razones de seguridad y disciplina, con el tiempo la idea de la celda individual, como garantía de la intimidad del interno, se va consolidando, lógicamente, en un nuevo escenario jurídico de respeta a las derechos de los internos.

La primera cuestión que se plantea es la conveniencia o no de mantener el principio celular, es decir, la garantía de que todo interno, que lo demande, se la va a ofrecer la posibilidad de tener una celda individual. Un espacio personalizado es la primera condición para que el interno pueda sentirse tratado como persona. El respeto al principio celular se encuentra estrechamente relacionado con el libre desarrollo de la personalidad. Las investigaciones de la población penitenciaria y sus reacciones, destacan que los internos ven como uno de los aspectos más gravosos de la prisión la imposibilidad de disponer de un espacio propio. Por otro lado, en el interior de las celdas o los dormitorios colectivos se producen los casos más graves de violencia y sometimiento de unos internos sobre otros. El principio celular representa un avance en el deber de la Administración penitenciaria de velar por la vida y la integridad física de los internos. Las normas internacionales valoran estos aspectos y se inclinan por defender el principio celular. Así lo hacen las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos ("*Las celdas o cuartos destinados al aislamiento nocturno no deberán ser ocupados más que por un solo recluso*" artículo 9.1) y, en términos parecidos, se expresan las Reglas Penitenciarias Europeas ("*Normalmente, todo detenido estará alojado durante la noche en una celda individual, salvo que se considere preferible que la comparta con otros detenidos*". R. 18.5). Mayor contundencia ha expresado el Comité de prevención de la Tortura en su Informe General de 2010 ("*El CPT plantea objeciones a este tipo de alojamiento de los centros penitenciarios, y estas objeciones se refuerzan cuando, como suele suceder, los dormitorios en cuestión están destinados a alojar a un número excesivo de reclusos y en condiciones sumamente insalubres. Es indudable que, debido a diversos factores —inclusive de carácter cultural— en muchos países prefiere ofrecerse un gran dormitorio para todos los reclusos que celdas individuales. Sin embargo, no puede decirse mucho a favor —pero sí en contra— de las condiciones en que decenas de reclusos viven y duermen en el mismo dormitorio.*"). También para Tribunal Constitucional alemán la dignidad de los internos se pone en peligro cuando se les niega el derecho a ocupar una celda individual.

En todo caso, teniendo en cuenta la estrecha vinculación de la celda individual con el respeto por la intimidad y la dignidad de sus moradores, nos parece inaceptable que de forma generalizada se niegue este derecho, sin más razones que la falta de recursos. El ejercicio de los derechos fundamentales —como es el caso— no puede limitarse por la falta de recursos ("*La falta de recursos no podrá justificar unas condiciones de detención que violen los derechos humano*" R. 4. Reglas Penitenciarias Europeas).

El principio celular se hace compatible con la posibilidad de que por distintas circunstancias dos o más internos tengan que compartir una celda. Existen razones permanentes y otras provisionales que justifican estas excepciones. Entre las primeras deben considerarse razones de reagrupamiento familiar o de necesidades terapéuticas en casos en los que los técnicos lo hagan recomendable. Esto sucede con más frecuencia entre la población juvenil y entre las mujeres. A veces viene impuesto por un incremento inopinado de la población del establecimiento o por necesidades coyunturales —protocolos de prevención de suicidios o vigilancia postoperatoria—. La provisionalidad debe presidir estas convivencias. Cuando se comparte celdas sus dimensiones y condiciones de habitabilidad deben ser adecuadas.

II. Escasa atención ha merecido la protección del espacio celular frente a intromisiones de terceras personas. No se ha tenido en cuenta que en su interior se desarrollan actividad que pertenecen a la esfera íntima de las personas y que las similitudes con la morada están fuera de dudas. Una vez más la fuerza expansiva de lo regimental deja sin protección derechos fundamentales del interno que no necesariamente están enervados por la pérdida de libertad. Los registros de celdas deben estar sometidos a unas garantías excepcionales, que sería recomendable se recogieran en la ley. Motivación, excepcionalidad, presencia del interno, mínima intervención, autorización judicial, levantamiento de acta son algunos de los principios que deben regir los mismos. En aquellos sistemas en los que se cuenta con jurisdicción penitenciaria los permisos para registrar —salvo en situaciones de urgencia— son asumibles. Por otra parte, ya algunas normas como las Normas Penitenciarias Europeas extiende a los registros de las celdas determinadas garantías previstas por la ley para los registros del domicilio ("*El detenido estará presente cuando se registren sus efectos personales, a menos que las técnicas del registro o el daño potencial al personal lo impida*" Norma. 54.8).

3.1.2.2. Condiciones mínimas de habitabilidad

Si tomamos en consideración que los internos pasan gran parte del día en sus celdas, es lógico que a este espacio se le haya prestado especial atención. Las reglas Penitenciarias Europeas señalan que "*El alojamiento destinado a los detenidos, y en particular los dormitorios, respetarán la dignidad humana y, en la medida de lo posible, su intimidad, y responderán a los requisitos mínimos requeridos en materia de salud e higiene, teniendo en cuenta las condiciones climáticas, y especialmente la superficie de suelo, el volumen de aire, la iluminación, la calefacción y la ventilación*" (R. 18.1). Y en términos similares las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (."*Los locales destinados a los reclusos y especialmente a aquellos que se destinan al alojamiento de los reclusos durante la noche, deberán satisfacer las exigencias de la higiene, habida cuenta del clima, particularmente en lo que concierne al volumen de aire, superficie mínima, alumbrado, calefacción y ventilación*" R.10).

Estas exigencias se concretan en una habitación con luz natural, por tanto con ventana que no puede ser tapiada, con un mobiliario mínimo de una cama, un armario y con

servicios sanitarios en su interior. Las dimensiones de las celdas individuales no pueden ser inferiores a los siete metros cuadrados, si bien en aquellos países que cuentan con instalaciones modernas se respeta un mínimo en torno a los diez metros cuadrados. En relación con este tema se ha manifestado el Comité de Prevención de la Tortura en su Informe General de 2010 indicando que "*se tienen que tener en cuenta algunos factores a la hora de realizar dicha valoración. Sin embargo, las delegaciones del CPT sintieron la necesidad de dictar una directiva preliminar que regulase esta materia. El siguiente criterio (visto más bien como un nivel deseable en vez de un valor mínimo) está siendo actualmente utilizado para valorar las celdas de la policía previstas para que las ocupe una sola persona para estancias superiores a unas pocas horas: alrededor de 7 metros cuadrados, 2 metros o más entre las paredes y 2,5 metros entre el suelo y el techo*." En relación al tema de la extensión de las celdas el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dictado una Sentencia condenando a Italia en el caso Torreggiani (2013), que junto con otros seis presos había permanecido en una celda con un espacio inferior a los cuatro metros cuadrados para cada uno. Además, la sentencia obligaba al Estado italiano a corregir estas deficiencias.

3.1.3. La prisión desde una perspectiva dinámica

Las posibilidades de que el tiempo penitenciario pueda estimular al condenado a reingresar pacíficamente en la sociedad dependen en gran medida del acierto que se tenga en su organización. Los distintos momentos por los que pasa un individuo desde su ingreso tienen una específica problemática que merece ser atendida si, de verdad, apostamos por un sistema orientado a la reinserción social. Para afrontar la forma de organizar estos momentos penitenciarios claves debemos tener en cuenta los principios generales a los que ya nos hemos referido (legalidad, normalización y resocialización), pero, además, los cambios esenciales, como las salidas o los ingresos no pueden ser concebidos radicalmente aislados, sino de forma progresiva. Los servicios penitenciarios deben prestar una especial atención a estas ocasiones intensificando su asistencia o ajustándola a las necesidades del momento.

3.1.3.1. Ingreso

Uno de esos momentos claves es, sin duda, el ingreso, en especial cuando se trata de personas que nunca con anterioridad habían sufrido la privación de la libertad. Estos han sido descritos por la ciencia penitenciaria como angustiosos y, en especial, cuando el sujeto arrastra algún tipo de abstinencia psicotrópica que le genera situaciones de ansiedad o cuando entra como preso preventivo y vive la angustia de una incertidumbre generalizada sobre su propia suerte.

Desde una perspectiva criminológica el ingreso significa la interrupción brusca en la continuidad de la propia vida. La autonomía personal resulta fuertemente afectada. Si en la sociedad libre las personas se conducen bajo el criterio de la autorresponsabilidad, en la sociedad penitenciaria ocurre todo lo contrario y la regla frente a los actos

espontáneos y personales es la prohibición y, la excepción, lo permitido. El ingreso provoca un cambio de status, de ciudadano de plenos derechos a interno con una fuerte restricción de los mismos. El ingresado experimenta una nueva identidad, la identidad penitenciaria. Este proceso no se vive de igual manera para todos. Dependiendo de circunstancias endógenas y exógenas puede resultar más o menos traumático, pero, en términos generales, se valora como extremadamente complejo. Lógicamente, el ingreso en un centro de máxima seguridad presenta mayores problemas que cuando se produce en uno ordinario. También la edad es un factor determinante de la dificultad del ingreso. Los jóvenes presentan una mayor resistencia. Las personas se vuelven muy vulnerables y, por esta razón, se considera un periodo de conflictividad consigo mismo y con los demás. En el primer mes de internamiento se produce más actos de suicido que en fases posteriores y las sanciones son también muy frecuentes. Entre 1998 y 2003, por ejemplo, un cuarto de los suicidios en las prisiones inglesas tuvieron lugar tras la primera semana y la mitad tras el primer mes desde el ingreso.

La ciencia penitenciaria y algunas legislaciones vienen a concebir este momento como un proceso continuado por medio del cual el interno debe ser ubicado dentro del sistema penitenciario bajo el régimen que resulte más adecuado a sus circunstancias personales, procurando reducir al mínimo los efectos negativos de miedo, adversidad o ansiedad propios de los primeros contactos con el centro. Cuanto más evolucionado sea un sistema mayor capacidad tendrá de adaptar el régimen a esas circunstancias.

Este proceso es el resultado de combinar cuatro criterios de valoración del ingresado. El primero de ellos de carácter jurídico tendrá en cuenta su condición procesal (detenido, preso o penado); el segundo, de carácter terapéutico va a permitir que el interno sea clasificado de acuerdo con las necesidades de someterlo a un determinado programa resocializador, el tercero, es personal y da lugar a la separación conforme a unos criterios predeterminados por el legislador según el sexo, la edad y otras circunstancias personales y, por último, organizativo, la ubicación en un espacio u otro está condicionada por la disponibilidad de recursos del establecimiento. ("*Tan pronto como ingrese en un establecimiento un condenado a una pena o medida de cierta duración, y después de un estudio de su personalidad, se establecerá un programa de tratamiento individual, teniendo en cuenta los datos obtenidos sobre sus necesidades individuales, su capacidad y sus inclinaciones*." (R. 69. Reglas para el Tratamiento de los Reclusos).

La particular presión a que se somete a la persona en el momento del ingreso hace aconsejable que durante el mismo se refuercen los mecanismos asistenciales y de protección. Particular importancia tiene salvaguardar la intimidad, que ha llevado en algunos países, como Alemania, a incluir una expresa referencia a la prohibición de exponer al ingresado frente al resto de la población penitenciaria.

Los sistemas penitenciarios modernos han generado un conjunto de derechos, que tienen específicamente los ingresados, con los que se les procura una situación menos

traumática y de menos riesgo. Estos derechos también han merecido la atención de las normas internacionales y son los siguientes:

- Derecho a la información (Principios de Buenas Prácticas. "*A su ingreso las personas privadas de libertad serán informadas de manera clara y en un idioma o lenguaje que comprendan, ya sea por escrito, de forma verbal o por otro medio, de los derechos, deberes y prohibiciones que tienen en el lugar de privación de libertad*." Principio IX). Dentro de la amplia repercusión que tiene el ejercicio de este derecho a lo largo de la estancia en un centro penitenciario, la información debe ser particularmente completa en los primeros momentos del ingreso. El ingresado tiene derecho a acceder a su expediente personal, a conocer la situación en que se encuentra la causa penal por la que está en prisión. Se le garantiza también una información actualizada sobre los datos personales que se van a registrar en su expediente penitenciario, pudiendo solicitar su rectificación en los casos que proceda. Por otro lado se le va a informar sobre las características del establecimiento y las normas que rigen en su interior. Esa información debe mantenerse con posterioridad de forma regular y tiene que ser actual y comprensible, teniendo en cuenta el nivel cultural del ingresado. Téngase en cuenta que toda información inaccesible o inacabada termina siendo sustituida por la información sesgada y pervertida de los grupos dominantes en la prisión.
  Un tratamiento especial merece los ingresados extranjeros, para ellos están previstas informaciones concretas sobre los representantes diplomáticos de sus países, sobre las posibilidades de solicitar el traslado conforme a los convenios internacionales y sobre las medidas que la legislación nacional tiene específica para este colectivo.
- Derecho a la intimidad. Ya hemos apuntado las graves consecuencias que pueden tener para ciertos ingresados los primeros contactos con la vida penitenciaria. Permitir exposiciones de su persona en el patio innecesariamente no solo no es recomendable por razones de seguridad personal, sino también para salvaguardar su propia intimidad. Esta es una de las misiones que cumplen los departamentos de ingresos. La estancia en estos espacios separados del complejo penitenciario debe asegurarse sea cual sea la condición del ingresado.
- Derecho a comunicaciones extraordinarias. Para asegurar que el interno pueda recibir apoyo del exterior. Estas comunicaciones pueden ser con los familiares, con los abogados y, en caso de extranjeros, con los representantes diplomáticos del país de origen. Las comunicaciones en estos primeros momentos deben guiarse por la máxima flexibilidad para atender a las necesidades personales de forma eficaz. Tan solo cuando el ingresado es sometido a una incomunicación por orden judicial se puede limitar este derecho. La forma de comunicarse también debe ser adaptada con flexibilidad a las circunstancias personales del interesado.
- Derecho a un reconocimiento médico. Tanto por razones higiénicas, como sanitarias, todos los ingresados sin excepción, deben ser reconocidos por un médico de forma inmediata. En no pocas ocasiones como consecuencia de este reconocimiento se producen decisiones penitenciarias sobre la ubicación del ingresado, cuando está

enfermo o sufre una discapacidad. Según el Comité de Prevención de la Tortura en el ingreso el reconocimiento médico puede servir, también, para detectar factores suicidas.

- Derecho de las madres a tener los hijos menores de edad consigo. Independientemente del derecho al ejercicio de la maternidad durante la reclusión, se les reconoce a las madres el derecho de mantener consigo a sus hijos en los momentos del ingreso por encima de otras consideraciones y solo con carácter provisional.

3.1.3.2. Liberación

Al otro extremo del tiempo penitenciario se encuentra el momento de la excarcelación o egresión. Es el momento en que se ponen a prueba los recursos que el penado ha asimilado para hacer un regreso pacífico a la comunidad jurídica. Las dificultades del momento de la egresión van a depender de varios factores entre los que destacan el tiempo trascurrido en la prisión y la realidad de la propia vida social de la persona. El periodo inmediatamente anterior a la liberación, como señala el Comité de Prevención de la Tortura en su Informe General de 2010, es otro de los momentos penitenciarios en los que hay un mayor riesgo de suicidio.

El interno debe conocer la fecha en que va a tener lugar su puesta en libertad no solo porque supone una relajación que le permite aprovechar el tiempo penitenciario mejor, sino porque la salida, sobre todo cuando se ha pasado un largo periodo en prisión, exige una preparación. Una correcta programación de ese momento es un factor determinante del éxito de la reinserción social. Además, con esta información se reconoce al condenado el derecho de recurrir la liquidación de condena que se le haya practicado. En este sentido se expresan las Normas Penitenciarias europeas ("*Se informará al detenido de los procedimientos judiciales en los que esté implicado y, en caso de condena, se les informará de la duración de su pena y de las posibilidades de liberación anticipada*." N. 30.3).

La puesta en libertad presenta formas penitenciarias muy diversas, aunque todas ellas tienen en común que deberán ser ordenadas por una autoridad judicial. Los modelos actuales de ejecución permiten excarcelar a penados, aun cuando la pena no se ha extinguido, para que terminen de cumplirla en libertad. En estos casos se disfruta de una libertad congelada que sigue vinculando al egresado con la Justicia, de manera que de no cumplir las obligaciones que se le imponen se revocaría el beneficio concedido y el penado regresaría a la prisión. La puesta en libertad con mayor alcance es la que se produce una vez cumplida y, consiguientemente, extinguida la condena. En estos casos el sujeto recupera su condición de persona de pleno derecho. La excarcelación es irreversible. Por lo general no suelen coincidir la egresión con la extinción de la pena porque la mayoría de los condenados disfrutan de la libertad condicional cuando llega ese momento.

La permanencia de una persona en prisión más tiempo del que corresponde ya sea porque la pena se ha cumplido, ya porque medie una orden de ex carcelación de la

autoridad judicial competente da lugar a responsabilidad penal por detenciones ilegales por parte de la autoridad que no la haya ejecutado de forma inmediata. Por otro lado, en el momento de su liberación, todo interno recupera el dinero y los bienes que hubieran quedado en custodia, con excepción de las sumas que hayan sido retiradas con autorización, de los bienes que hayan sido enviados a otras instituciones con autorización o de los que hayan sido destruidos por medidas de higiene.

La privación de libertad durante el tiempo de ejecución de la pena tiene tanta relevancia para las relaciones sociales, familiares y laborales del condenado, que resulta incongruente mantener la función resocializadora del sistema y considerar que la Administración no asume ninguna obligación una vez que cierra la puerta de la cárcel tras la salida del egresado. Cada vez se reconoce mayor importancia a los programas postpenitenciarios de asistencia al ex interno y a su familia dándole apoyo en los ámbitos de vivienda, de trabajo y personales.

3.1.3.3. Traslados

El traslado de un interno de un establecimiento a otro puede ser una sanción encubierta, pero también puede constituir la noticia más deseada del interno cuando media su consentimiento porque le significa acercarse a su lugar de origen y asegurar más frecuencia en la visita de los familiares o, simplemente, porque espera mejorar las condiciones de su encarcelamiento. También existen traslados que se producen dentro de un establecimiento debido a la aplicación de sistemas progresivos o programas de tratamiento. Por lo general el traslado constituye una cierta alteración del orden penitenciario porque comporta un riesgo para la seguridad. La mayoría de las fugas se producen, precisamente, aprovechando un traslado. En este sentido, los Principio de Buenas Prácticas contempla específicamente la utilización de medios coercitivos como medida de precaución contra una evasión durante un traslado.

La importancia del traslado es tal y los riesgos de que encubra una sanción son tan frecuentes que en aquellos sistemas que cuentan con jurisdicción penitenciaria es conveniente que la autoridad judicial, al menos, tenga conocimiento de él y lo apruebe. Las Normas Penitenciarias Europeas incluso establecen como garantía que "*en la medida de lo posible, los detenidos serán consultados en relación a su asignación inicial y en relación a cada traslado ulterior de una prisión a otra*" N. 17.3. También sobre los traslados se ha pronunciado el Comité de Prevención de la Tortura indicando que, a pesar de que ciertos traslados pueden estar plenamente justificados para tratar de adaptar a un interno a una prisión de mejores condiciones para sus circunstancias, sin embargo, los continuos traslados de un preso de un establecimiento a otro pueden tener efectos muy nocivos con respecto a su bienestar físico y psicológico. Además, un preso en dicha posición tendrá dificultades para mantener los contactos adecuados con su familia y su abogado. El efecto global de traslados sucesivos en el preso podría derivar, en determinadas circunstancias, en trato inhumano y degradante.

3.1.3.4. Conducción

La conducción de los privados de libertad que necesitan ser trasladados de un centro a otro ha sido tradicionalmente un capítulo abandonado, lo que ha permitido que esta se lleve a cabo en unas condiciones deplorables que atentan contra la dignidad de las personas. Conducciones interminables en unos transportes inmundos sin medidas de seguridad vial de ningún tipo obligan a prestar interés a las mismas para asegurar que también ahí se aplican los derechos y garantías de las leyes, puesto que, durante la conducción, el vehículo en el que son transportados los internos es, a todos los efectos, una prisión ambulante. Las Reglas mínimas para el tratamiento de los internos señalan que "*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.*" R. 45).

El traslado debe garantizar la seguridad y la dignidad de las personas. Sea cual sea el medio empleado se debe procurar preservar en la medida de lo posible la intimidad. "*Se expondrá a los detenidos,* señalan las Reglas Penitenciarias Europeas*, lo menos posible a la vista del público y las autoridades tomarán medidas para proteger su anonimato*" R. 32). Especial cuidado debe tenerse en aquellos casos en los que son trasladadas madres que llevan consigo a sus hijos. Salvo estrictas razones de seguridad estos traslados deben hacerse en vehículos que no delaten la condición penitenciaria de la mujer.

En algunos países se emplea el autotraslado cuando se trata de internos de baja peligrosidad. Se trata de una fórmula más razonable y, desde luego, más económica.

3.1.4. El régimen penitenciario

3.1.4.1. La seguridad

I. Decíamos al comenzar a analizar las cuestiones penitenciarias en los primeros temas que todo el sistema de ejecución se encuentra sometido a la tensión que ejercen dos fuerzas antagónicas: de una parte, las exigencias resocializadoras y, de otra las necesidades de orden y seguridad. A pesar de que muchas legislaciones se inclinan por los fines resocializadores y ante un eventual conflicto priman estos frente a la seguridad, lo cierto es que las exigencias de seguridad tienen una férrea presencia en el mundo de las prisiones, a veces, incluso, excesiva. Las necesidades de orden y seguridad no son, en sí mismas, ningún fin, mientras que si lo es la reinserción social y la reeducación. Más oportuno y clarificador resulta priorizar estas frente a aquellas. De esta forma se traslada al ámbito de la ejecución la teoría unificadora de la prevención que es generalmente aceptada por la doctrina y, sobretodo, por la legislación penal, según la cual los eventuales conflictos entre la prevención general —aquí representada por las

necesidades de orden y seguridad— ceden a favor de las de prevención especial hasta un determinado límite que resulta infranqueable sin poner en grave peligro aquellas.

La correlación de fuerzas resocialización vrs. orden y seguridad encuentra en la praxis un tratamiento muy distinto al que pretenden las legislaciones, aunque las imprecisiones conceptuales de las normas se convierten en el mejor aliado de esa situación. Pese a que los niveles técnicos de seguridad alcanzados gracias a las nuevas tecnologías son muy altos, las razones de seguridad presentan una incontenible fuerza expansiva. Ello se ha visto, además, favorecido por los nuevos diseños arquitectónicos de carácter polivalente y de grandes dimensiones. La presencia en un mismo establecimiento de internos peligrosos e inadaptados en régimen cerrado y la imposibilidad de diversificar para un mismo centro las estrategias generales de orden y seguridad provoca que al resto de la comunidad penitenciaria —en régimen ordinario o, incluso, abierto— se le estén aplicando extensivamente medidas restrictivas innecesarias para su bajo perfil de peligrosidad, lesionándose de esta forma el principio de proporcionalidad.

De otra parte, el incremento de centros de grandes proporciones y su diseño modular son circunstancias que favorecen la seguridad por encima de cualquier otra consideración. El espacio se concibe y se convierte en el mejor aliado de esta situación, los contactos visuales al exterior son cada vez más efímeros y la relación personal con el trabajador penitenciario se encuentra mediatizada por elementos de seguridad, todo lo cual se aleja de la prioridad enunciada por la legislación.

II. La aplicación de una medida de seguridad por insignificante que ella sea introduce en el ambiente de la prisión un elemento de desequilibrio. Un registro, un cacheo o la simple vigilancia son para el interno un recordatorio de su condición de sujeto vigilado. Si la vigilancia permanente es insoportable en la sociedad libre, aún lo es más en la prisión ya que viene a restar libertad e intimidad en un medio en el que, ya de por sí, el ejercicio de esos derechos resulta muy constreñido. Solo teniendo en cuenta estas consideraciones pueden comprenderse las actitudes de rebeldía que en ocasiones adopta la población penitenciaria aun a riesgo de ser gravemente sancionada. Los internos rechazan los controles y se niegan a colaborar con ellos. Esta actitud no siempre guarda relación con planes de fuga o de posesión de artículos no autorizados. En ocasiones se ha explicado por la insolidaridad que muestran los internos frente a la actividad penitenciaria, pero, a nuestro juicio, responde más a una reacción de autodefensa frente a lo que se percibe como agresión a una resistencia política frente a lo injustamente desproporcionado.

Así las cosas, es preciso que estas medidas se apliquen con carácter excepcional y que se respeten los principios legales que limitan su ejecución.

No deben confundirse las medidas de seguridad del establecimiento con las medidas regimentales —por ejemplo, horarios—. Coinciden en tanto que ambas confluyen en

asegurar el cumplimiento de la privación de libertad, incluso las medidas de seguridad protegen, como hemos señalado, a los propios internos de eventuales agresiones procedentes del resto de la población penitenciaria, con lo que es una garantía para el ejercicio de sus derechos como persona, pero las medidas de seguridad tienen u marcado carácter excepcional.

3.1.4.1.1. Principios

Las medidas que se traduzcan en restricciones en el ejercicio de los derechos están presidias por los principios de necesidad, mínima intervención o lesividad y proporcionalidad. Como todos los actos coactivos de la Administración.

La utilización de cualquier medida de carácter extraordinario debe estar siempre expresamente justificada y cuando la medida resulta especialmente violenta, como es el caso de las medidas coercitivas, es exigible que previamente la ley señale que medidas pueden emplearse y en que supuestos. Sin embargo, cuanto más grande sean los establecimientos, más masificados se encuentren y más estandarizada sea la organización de la vida en su interior más difícil será cumplir con la prohibición de "*adoptar las mismas medidas de seguridad con respecto a todos los grupos. Convendrá establecer diversos grados de seguridad conforme a la que sea necesaria para cada uno de los diferentes grupos*." (R. 63.2. Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos).

3.1.4.1.2. Los objetivos de la seguridad

Por seguridad puede entenderse todas aquellas medidas dirigidas a garantizar la retención y la custodia de los internos durante su vinculación con una institución penitenciaria. Las exigencias de seguridad se sintetizan, pues, con las expresiones: retención y la custodia de los internos. Retención y custodia solo pueden alcanzarse desplegando durante la reclusión un conjunto de medidas de seguridad, ya que aunque no siempre está justificado, parece lógico recelar de un consentimiento voluntario de internamiento por parte del interno. Ahora bien bajo las expresiones retención y custodia se incluyen un abanico muy amplio de objetivos. Por una parte, se trata de mantener durante un determinado tiempo una situación de privación de libertad relativa de acuerdo con las condiciones regimentales en las que se encuentre el interno. Pero, por otra parte, custodiar significa garantizar en la medida de lo posible que no se van a cometer nuevos delitos ni contra la sociedad libre, ni tampoco contra la comunidad penitenciaria. Dicho de otra manera las aspiraciones de las medidas de seguridad no se limitan a garantizar el cumplimiento de la pena, sino a que el mismo se haga en condiciones que aseguren el respeto y ejercicio de los derechos de las personas ("*convivencia ordenada*").

Tomar específicas medidas de seguridad que eviten la comisión de nuevos delitos durante la ejecución de la pena no es una necesidad que parta de prejuicios sobre los internos por su vida anterior. El hecho de haber cometido un delito o estar condenado no justificaría en ningún caso someter a sospecha de peligrosidad criminal a un individuo.

De ser así le estaríamos sometiendo a un tratamiento discriminatorio. Sin embargo, la condición de privado de libertad y las carencias que conlleva, somete a las personas a una presión sicológica propicia para actos de violencia. Una correcta conducta profesional de los funcionarios debe asegurar que las medidas de seguridad no se aplican basándose exclusivamente en prejuicios o en presuntas peligrosidades o intención de fuga.

3.1.4.1.3. Técnicas de seguridad

Dentro de los establecimientos penitenciarios el personal tiene un abanico de técnicas de seguridad que se aplican dependiendo de las situaciones y siempre respetando los principios antes mencionados. Veamos a continuación cuales son estas:

- La observación es una medida de seguridad permanente que se comienza a aplicar en el momento del ingreso del interno o de cualquier otra persona que se encuentre en el recinto y cesa con la salida al exterior. Todos los funcionarios del establecimiento, sin excepción, participan en estas labores de observación y asumen por su condición profesional específicamente el deber de custodia del mismo y de la población penitenciaria. De esta manera la observación más que una medida de seguridad propiamente es una conducta profesional exigida o una actitud durante el tiempo de trabajo. En una institución total como la cárcel la observación tiende a ser absoluta, de manera que el interno apenas disfruta de espacios en donde se encuentre libre del control visual, incluso dentro de las celdas no dispone de opacidad frente a este control ya que el dispositivo de las mirillas en la puerta permite la observación y, lo que es peor, permite una observación sin posibilidades de percatarse de ella, con lo que en el subconsciente el interno se va a sentir permanentemente observado aunque pueda no estarlo. La observación tiene tan solo la finalidad de conocer el comportamiento habitual, las actividades y movimientos del interno y las relaciones con los demás. No está autorizada, en consecuencia, una observación del interno que resulte irrelevante para alcanzar estos fines, ni tampoco puede utilizarse con fines disciplinarios para humillar o menoscabar la dignidad personal —acecho—. Además debe destacarse que existen momentos en los que la observación está prohibida ya que, de lo contrario, se lesionaría gravemente la intimidad. Este es el caso de las salas de visitas íntimas y familiares.
  Los funcionarios no solo están obligados a observar con los fines señalados de retención y custodia, sino a poner en conocimiento del responsable de seguridad las eventuales incidencias que, a su juicio, pudieran poner en peligro la seguridad y la ordenada convivencia dentro en el centro.
- Recuentos. Constituye una medida de control por motivos de seguridad en un sentido estricto. Seguridad, que, como ya vimos, alcanza también a la pretensión de evitar las fugas de los internos. El recuento puede ser ordinario, y se realiza de forma cotidiana, practicándose varios al día, y extraordinario para afrontar situaciones excepcionales (intentos de fugas, desplazamientos colectivos, fallos técnicos en los sistemas de control, etc.). Los recuentos extraordinarios, a diferencia de los otros, pueden practicarse sectorialmente para que afecte tan solo a la unidad o departamento que lo requieran.

- Registros y cacheos. Ambas son empleadas regularmente en los establecimientos para asegurar el orden y la seguridad ("*El Estado debe asegurarse que las requisas sean correcta y periódicamente realizadas, destinadas a la prevención de la violencia y la eliminación del riesgo, en función de un adecuado y efectivo control al interior de los pabellones por parte de la guardia penitenciaria, y que los resultados de estas requisas sean debida y oportunamente comunicados a las autoridades competentes*". Corte Interamericana de Derechos Humanos. Resolución de 13 de febrero de 2013). Las diferencias entre unas y otras actividades se encuentra en el objeto de las mismas. De manera que el primero se refiere a las cosas y, el segundo, a las personas. La práctica del cacheo con tocamientos físicos, desnudos, inspección anal y otros controles constituye para el interno un grave atentado a su intimidad, que exige un tratamiento excepcional, de forma que solo puede llevarse a cabo cuando razones individuales y contrastadas hagan pensar que el interno ocupa en su cuerpo algún objeto peligroso o sustancia susceptible de causar daños a la salud o integridad física de las personas o de alterar la convivencia ordenada del establecimiento. Cuando el cacheo exija contacto físico el mismo deberá hacerse por personal del mismo sexo. Si es preciso una inspección anal o vaginal debe evitarse el desnudo integral y debe hacerse por personal facultativo y evitando la presencia de terceras personas.

3.1.4.2. Regímenes especiales por seguridad personal

El principio general de que las limitaciones de los derechos de los reclusos solo pueden venir justificadas por razones contrastadas y durar el tempo estrictamente necesario, se viene a excepcionar por algunas legislaciones que contemplan que se les aplique un régimen de aislamiento a determinadas personas que pueden ser objeto de agresiones incontroladas por otros internos. Los factores de selección pertenecen en ocasiones a las leyendas penitenciarias, si bien, la experiencia demuestra que tiene un fundamento preventivo. Dentro de estos internos especialmente protegidos mediante medidas de aislamiento del resto de la comunidad prisional se encuentran los autores de delitos especialmente graves contra las personas o que han merecido una especial atención mediática o las personas que ejercieron fuera determinadas profesiones, tales como jueces, policías o los propios funcionarios de prisiones. Para evitar que esta medida pueda ser empelada como una sanción encubierta debe ser solicitada o consentida por el interno y aprobada por una autoridad judicial.

La medida aquí contemplada puede aplicarse tanto a los detenidos y presos como a los penados y puede implicar limitaciones regimentales o bien el traslado a otro centro para evitar tener que establecer dichas limitaciones. En la práctica estas medidas vienen muy condicionadas por la disponibilidad de espacio que tenga el establecimiento; en ocasiones puede consistir en el ingreso del interno en un departamento o unidad especial en el que, por lo general, las restricciones devienen sobretodo de la prohibición de entrar en contacto con el resto de la población penitenciaria. El fundamento concreto de estas restricciones es, exclusivamente, salvaguardar la vida e integridad física del recluso.

3.2. Estudio jurídico. Argentina

3.2.1. Cumplimiento y ejecución

Las personas privadas de libertad que estarán bajo la órbita del SPF son aquellas involucradas con los delitos federales y aquellos delitos ordinarios que sucedan en territorio nacional, al ser la Ciudad Autónoma de Buenos Aires la capital de la Nación, la jurisdicción de su juzgamiento es nacional. El SPF es el encargado de la guardia y custodia de los detenidos en los establecimientos penitenciarios correspondientes a dicha institución y también, y fundamentalmente, es quien ejecuta el tratamiento penitenciario que se le dará al interno.

La ejecución de la pena privativa de libertad se efectuará en Complejos, unidades penitenciarias, alcaidías o en hospitales penitenciarios, según corresponda, destinados a tal fin.

3.2.2. Establecimientos penitenciarios: características

En la órbita del SPF, actualmente existen:

- 6 Complejos Penitenciarios Federales (el de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el N° I, II, III, IV y el de Jóvenes Adultos).
- 27 Unidades penitenciarias ubicadas a lo largo del país.
- 1 Servicio Psiquiátrico de Varones (ubicado dentro del Complejo Penitenciario Federal I).
- 1 Servicio Psiquiátrico de Mujeres (ubicado dentro del Complejo Penitenciario Federal IV).
- 1 Centro Penitenciario de Enfermedades Infecciosas (llamado Unidad 21).
- 9 Alcaidías Federales.
- 6 Centros de Rehabilitación de Drogodependientes (CRD) que están ubicados en diferentes unidades y Complejos
- Casas de pre egresos en varias unidades y Complejos.
- Campos de desarrollo laboral.

En Argentina existe lo que se llama "*la progresividad del régimen penitenciario*" (que será abordado ampliamente en el punto 5.2 del manual).

El grado de avance en la progresividad determina modificaciones en el lugar o sector de alojamiento, intentando lograr mayor autodisciplina conforme su evaluación positiva en el cumplimiento del programa de tratamiento individualizado que le sea fijado.

Además de la progresividad, la propia LEP recepta categorizaciones que han sido establecidas en los tratados internacionales sobre derechos humanos, tales como las RMTR y la adopción de las normas con perspectiva de género: "*Reglas de Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes*", conocidas como las Reglas de Bangkok.

Así, una particular distinción ameritan aquellas mujeres que tengan entre 18 y 21 años de edad. En esos casos, integrarán la población femenina de jóvenes adultas y recibirán programas específicos de tratamiento de acuerdo a la edad que tienen.

Por otro lado, existe un alojamiento diferenciado para las mujeres que se encuentran con sus hijos de hasta cuatro años de edad en el establecimiento penitenciario. En esos casos, sólo se les permite en los lugares acondicionados para tales necesidades.

Adquiere especial relevancia señalar, tanto para hombres como para mujeres, la existencia de dispositivos de asistencia y tratamiento de la salud mental con equipos interdisciplinarios.

La LEP regula los establecimientos penitenciarios en los arts. 176 al 187[50]
La propia LEP determina que los establecimientos destinados para el alojamiento de mujeres, estarán a cargo de personal femenino (Cfr. Arts. 190 y siguientes), siendo que sólo podrán ingresar funcionarios masculinos si están acompañados de personal

---

50. "*Art. 176: La aplicación de esta ley requiere que cada jurisdicción del país, en la medida necesaria y organizados separadamente para hombres y mujeres, posea los siguientes tipos de establecimientos:*
a) Cárceles o alcaidías para procesados;
b) Centros de observación para el estudio criminológico del condenado y planificación de su tratamiento de acuerdo con lo previsto en el art. 13;
c) Instituciones diferenciadas por su régimen para la ejecución de la pena;
d) Establecimientos especiales de carácter asistencial médico y psiquiátrico;
e) Centros para la atención y supervisión de los condenados que se encuentren en tratamiento en el medio libre y otros afines.
Art. 177: Cada establecimiento de ejecución tendrá su propio reglamento interno…"
Art. 178: Las cárceles o alcaidías tienen por objeto retener y custodiar a las personas sometidas a proceso penal…."
Art. 179: Los establecimientos destinados a procesados no podrán alojar condenados.
Art. 180: En las cárceles y establecimientos de ejecución de la pena no se podrá recibir, bajo ningún concepto, persona alguna, que no sea acompañada de una orden de detención expresa extendida por juez competente.
Art. 181: Para la realización de las tareas técnico-criminológicas que dispone el art. 13, según las circunstancias locales, se deberá disponer de:
a) Una institución destinada a esa exclusiva finalidad;
b) Una sección separada e independiente en la cárcel o alcaidía de procesados;
c) Una sección apropiada e independiente en una institución de ejecución de la pena.
Art. 182: Según lo requiera el volumen y la composición de la población penal y las necesidades del tratamiento individualizado de los internos, deberá contarse con instituciones abiertas, semiabiertas y cerradas.
Art. 183: Los establecimientos de carácter asistencial especializados podrán ser:
a) Centros hospitalarios diversificados cuando sea necesario y posible;
b) Institutos psiquiátricos.
La dirección de estos centros asistenciales sólo podrá ser ejercida por personal médico debidamente calificado y especializado.
Art. 184: Los centros de reinserción social deben ser instituciones basadas en el principio de la autodisciplina destinados a la recepción de condenados que se encuentren en semilibertad, prisión discontinua y semi detención….
En el art. 185 se detalla lo mínimo que deberán tener los establecimientos destinados a la ejecución de las penas privativas de libertad (personal idóneo, servicio médico, etc).
Art. 186: En las instituciones de ejecución no se alojarán internos comprendidos en el art. 25 del Código Penal mientras subsista el cuadro psiquiátrico y a quienes padezcan enfermedad mental crónica…
Art. 187: Los internos que padezcan enfermedades infectocontagiosas u otras patologías similares…serán trasladados a servicios especializados…"

femenino. También se determina que deberán existir establecimientos que permitan alojar a embarazadas y madres con niños.

En cuanto a los jóvenes adultos (aquellos cuyas edades oscilan entre los 18 y los 21 años de edad) deberán ser alojados en lugares diferentes a los adultos, de acuerdo a la ley mencionada.

Los Complejos penitenciarios que dependen del SPF se encuentran divididos por unidades residenciales, módulos o áreas, que a su vez tienen pabellones con diferentes tipos de alojamientos (individuales, colectivos). Concretamente son los siguientes:

CPF I
Nivel de seguridad: alta-máxima.
Población penal: masculina.
El establecimiento responde a la concepción de complejo, con un sector administrativo central, una unidad residencial de ingreso y seis unidades residenciales de alojamiento independientes que poseen celdas individuales, SUM, área de deportes, aulas de estudio, biblioteca y naves para talleres industriales de aprendizaje de oficios. Además cuenta con un Hospital Penitenciario y un anexo psiquiátrico.

CPF II
Nivel de seguridad: alta-máxima.
Población penal: masculina. El establecimiento responde a la concepción de complejo, con un sector administrativo central, cinco unidades residenciales de alojamiento independientes que poseen celdas individuales, SUM, área de deportes, aulas de estudio, biblioteca y naves para talleres industriales de aprendizaje de oficios.

CPF III
Nivel de seguridad: mediana.
Población penal: masculina y femenina.
El establecimiento responde a la concepción de complejo, con un sector administrativo central y dos institutos independientes, una para varones (288 plazas) y otro para mujeres (200 plazas).

Todos cuentan con alojamiento independiente en celdas individuales, SUM, área de deportes, aulas de estudio, biblioteca y naves para talleres industriales de aprendizaje de oficios. Además posee un jardín maternal.

CPF IV
Nivel de seguridad: máxima-mediana.
Población penal: femenina.
El establecimiento fue adaptado de su concepción original a la modalidad de complejo, con un sector administrativo central y seis módulos de alojamiento independientes.

Los primeros cuatro módulos, son para el albergue de las internas, en el quinto se encuentra el Anexo Psiquiátrico para Mujeres y en el módulo seis funciona el Centro de Rehabilitación de Drogadependientes. Además posee una casa de pre egreso para internas que se encuentran en la última etapa del tratamiento.

CPF CABA
Nivel de seguridad: alta-máxima.
Población penal: masculina.
El establecimiento fue adaptado de su concepción original a la modalidad de complejo, con un sector administrativo central y seis módulos de alojamiento en pabellones, entre los que se incluyen un Hospital Penitenciario Central y el Centro Universitario de Devoto (CUD).

Complejo Federal de Jóvenes Adultos.
Nivel de seguridad: máxima, mediana y mínima.
Población penal: jóvenes adultos masculinos.
El establecimiento responde a la concepción de complejo, con un sector administrativo central y tres sectores diferenciados: el Instituto Federal de Jóvenes Adultos (Unidad 24) de máxima seguridad; el Instituto Dr. Juan Carlos Landó (Unidad 26) de mediana seguridad, y el Centro Federal de Tratamientos Especializados Malvinas Argentinas, de mínima seguridad.

Las Unidades penitenciarias tendrán pabellones que podrán ser de alojamiento colectivo o individual y también contarán con áreas comunes asignadas a la salud, a tareas laborales, al área de cocina, etc.

3.2.3. Relación temporal y espacial (Régimen)

3.2.3.1. Ingreso

De acuerdo a los Principios y Buenas Prácticas:

Principio IX: "*Las autoridades responsables de los establecimientos de privación de libertad no permitirán el ingreso de ninguna persona para efectos de reclusión o internamiento, salvo si está autorizada por una orden de remisión o de privación de libertad, emitida por autoridad judicial, administrativa, médica u otra autoridad competente, conforme a los requisitos establecidos por la ley.*

A su ingreso las personas privadas de libertad serán informadas de manera clara y en un idioma o lenguaje que comprendan, ya sea por escrito, de forma verbal o por otro medio, de los derechos, deberes y prohibiciones que tienen en el lugar de privación de libertad".

El adecuado control del ingreso de personas en los centros de privación de libertad, consistente en la verificación adecuada de la existencia de una orden de remisión emitida por

autoridad competente, es un refuerzo adicional de la legalidad misma de la privación de la libertad. El personal de los centros de detención o prisión debe asegurarse de que toda admisión esté debidamente autorizada y que esto sea evidente por medio de una orden válida de admisión. La responsabilidad de cumplir con esta medida le corresponde, tanto a la administración central, como al director y al personal de los diversos centros de reclusión. No obstante ello, si se diere tal circunstancia, la persona así recibida deberá ser remitida de inmediato ante una autoridad judicial competente.

Asimismo, es necesario tener en cuenta que cuando una persona es privada de su libertad e ingresa a un establecimiento penitenciario, se le deben informar sus derechos, la forma de ejercerlos y las reglas que rigen en el lugar.

Tal como se mencionó en el punto 2.2.3.1.2 al hablar del derecho a la salud, y en atención al art. 144 de la Ley N° 24.660, toda persona que ingrese a un establecimiento penitenciario debe ser atendida por un médico porque dicha información resulta fundamental para la atención posterior de la persona privada de su libertad. Además, deberá requerirse una información epidemiológica de todo ingresante lo que permitirá a la administración penitenciaria planificar medidas y programas para atender los problemas de salud que los alojados allí presenten.

3.2.3.2. Liberación

La LEP en sus arts 172 y ss. establece los lineamientos de la asistencia post penitenciaria. Allí se indica que aquellas personas que egresan del establecimiento tendrán asistencia por parte de un patronato de liberados "*procurando que no sufra menoscabo su dignidad, ni se ponga de manifiesto su condición*". En teoría, se propenderá a que obtenga un empleo, un lugar donde vivir, entre otras cuestiones que hacen a las necesidades básicas de una persona.

3.2.3.3. Traslados y conducciones (todas las categorías de traslado, transporte y desplazamientos)

La LEP determina, en los art.s 71 y siguientes, que los traslados —sea individual o colectivo—, deberán sustraerse de la observación del público en general, que los medios de transporte sean higiénicos y seguros. Debe tenerse presente que un traslado realizado con grilletes o cadenas es considerado como trato cruel, inhumano o degradante. Asimismo, establece que todo traslado de personas detenidas, será comunicado al Juez que intervenga en la causa.

El Informe de la CIDH sobre los Derechos Humanos de las Personas Privadas de Libertad en las Américas (31/12/2011) sostiene que "el traslado y transporte de reclusos es otro de los elementos relevantes propios de la relación de sujeción especial entre el Estado y las personas bajo su custodia en cuyo contexto puede resultar vulnerado tanto el derecho a la integridad personal, como otros derechos fundamentales. En la práctica, tanto el traslado mismo, como las condiciones en las que se realiza pueden llegar a tener un impacto

importante en la situación del propio interno y en la de su familia. Asimismo, cuando los traslados son ejecutados arbitrariamente o en condiciones contrarias al respeto de los derechos humanos de los reclusos, pueden llegar a constituir espacios poco visibles o zonas grises para comisión de abusos por parte de las autoridades".

Por lo mencionado, existen instrumentos internacionales que regirán el tema:

Por su parte, en los Principios y Buenas Prácticas de la CIDH, ya citados, se establecen 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. 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; ni se podrán realizar en condiciones que les ocasionen sufrimientos físicos o mentales, en forma humillante o que propicien la exhibición pública (Principio IX.4). Asimismo, disponen que en ningún caso el traslado será utilizado para justificar *"la discriminación, la imposición de torturas, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, o condiciones de privación de libertad más rigurosas o menos adecuadas a un determinado grupo de personas"* (Principio XIX)[51].

Por otro lado, las personas privadas de libertad también son vulnerables de sufrir agresiones por parte de las autoridades durante su transporte o desplazamiento de un lugar a otro. Durante su visita a la Provincia de Buenos Aires, la Relatoría de Personas Privadas de Libertad recibió información según la cual en el 2008 el interno Oscar Chaparro habría fallecido sofocado en un camión del Ministerio de Seguridad durante un traslado. Los peritos habrían comprobado que la caja donde era transportado Chaparro carecía de ventilación y con temperaturas de hasta 40º, además ese viaje que debió haber durado cinco horas, demoró un día.

Por su parte, la Resolución de la Defensoría General de la Nación N° 1844/2008, se instruye a los Defensores a que realicen las visitas pertinentes en los lugares de detención con el fin de evitar que se soliciten *"traslados innecesarios de mujeres detenidas con sus hijos y de embarazadas…",* asimismo se solicitó que los Defensores informen a la Defensoría General las modalidad en que se lleven a cabo los traslados y también dónde permanecen los niños alojados cuando sus madres cumplen actos procesales para los que fueron trasladadas.

51. Estos estándares también están reconocidos a nivel universal en las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos, Regla 45; el Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión, Principio 20; las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, Regla 26; y los Principios sobre Salud Mental, Principio 7.2. Por su parte, y en sentido concordante, las Reglas Penitenciarias Europeas, Reglas 17.1, 17.3 y 32.

Los estándares internacionales aplicables al traslado y transporte de personas privadas de libertad establecen también como medidas de protección el derecho del detenido de comunicar inmediatamente a su familia o a un tercero su traslado a otro establecimiento. Asimismo, se establece el deber de las autoridades de registrar a las personas que ingresan en las unidades así como también consignar la autoridad que ordena y ejecuta el traslado, el día y la hora en que el mismo se realizó.

La CIDH subraya, en el Informe citado, que los deberes especiales del Estado de respetar y garantizar los derechos a la vida e integridad personal de las personas bajo su custodia, no se limitan al contexto específico de los centros de privación de libertad, sino que se mantienen en todo momento mientras estas personas se encuentren en custodia del Estado; por ejemplo, mientras son transportados hacia los centros de detención, o de ahí a otros lugares como hospitales, juzgados etc., o cuando son trasladados de un centro de reclusión a otro. En estos casos permanece la obligación perentoria del Estado de no someter a estas personas a tratos crueles, inhumanos o degradantes. Además, el transporte de personas privadas de libertad por motivos oficiales se hará siempre a expensas de la administración.

La CIDH considera, en el informe mencionado más arriba, que el Estado debe garantizar el control judicial efectivo de los mismos, en los términos de los artículos 8 y 25 de la Convención y XVIII de la Declaración Americana. Esto implica 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; además, en todo caso, la ley deberá disponer de los recursos judiciales adecuados y efectivos para impugnar dichos traslados cuando se considere que los mismos afectan derechos humanos de los reclusos.

Traslados a lugares alejados

La CIDH ha establecido, en el citado Informe, que el Estado tiene la obligación de facilitar y reglamentar el contacto entre los reclusos y sus familias, y de respetar los derechos fundamentales de éstos contra toda interferencia abusiva y arbitraria. Al respecto, la CIDH ha reiterado 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.

El Estado, en tanto que 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 (el cual, por

regla general se da por medio de tres vías: correspondencia, visitas y llamadas telefónicas)[52].

Así, la CIDH realiza, en dicho informe, ciertas recomendaciones sobre las posibles soluciones a los problemas de alojamiento distante, a saber:

- Adoptar las medidas necesarias para procurar que las personas privadas de libertad sean recluidas en establecimientos penitenciarios ubicados a una distancia razonable de su familia, comunidad, apoderados legales, y los tribunales competentes para sus respectivos procesos. Salvos situaciones excepcionales en que tales medidas estén debidamente justificadas.
- Implementar planes de acción a mediano y largo plazo para garantizar una distribución racional y proporcional de la población penitenciaria de acuerdo con las distintas áreas geográficas y jurisdicciones penales existentes.
- Asegurar que en cada centro de privación de libertad haya instalados suficientes teléfonos públicos para garantizar la comunicación de la población reclusa con el exterior de la cárcel conforme al reglamento.

Jurisprudencia Nacional

Cabe citar dos fallos del ámbito nacional que tienen especial relación con el tema en estudio:

"Gutiérrez, Alejandro s/ Habeas corpus"

En el caso, la Sala III de la Cámara Federal de La Plata hizo lugar a un hábeas corpus colectivo interpuesto por un detenido alojado en el CPF CABA mediante el cual se decidió dejar sin efecto una decisión del SPF. Se había cuestionado el traslado de internos hombres a una unidad que aloja mujeres. Tal traslado tuvo lugar en mayo de año 2014 mediante el cual se alojó a internas que estaban en la U. 31 en el CPF IV así como también, se alojaron internos que estaban en el CPF II en la U. 31.

> *"El art. 176 de la ley 24.660 con meridiana claridad dispone que los establecimientos de detención deben ser organizados separadamente para hombres y mujeres. De acuerdo con las constancias de la causa, en el caso esa separación no se verifica pues más allá de que las visitas se concreten en días separados, el resto de la infraestructura propia de la Unidad, debe compartirse con los detenidos hombres".*

52. "La importancia de mantener nexos con los miembros de la familia y con los amigos tiene implicaciones, primero que nada, para la ubicación de los presos. Si son ubicados lejos de sus hogares, esto hace que las visitas… sean más difíciles y más costosas. Este punto se recoge en el Principio 20 del Conjunto de Principios, el cual dispone que: Si lo solicita la persona detenida o presa, será mantenida en lo posible en un lugar de detención o prisión situado a una distancia razonable de su lugar de residencia. Las posibilidades de un traslado a un lugar más cercano a su hogar deberían discutirse con cada preso poco después que ingrese al recinto penal. En muchos sistemas dicho traslado puede ser particularmente difícil con respecto a las reclusas, ya que las que pocas prisiones para mujeres existentes pueden no encontrarse en los lugares adecuados… En el caso de extranjeros, lo ideal sería que ellos sirvieran la sentencia, si es posible, en su país". (Manual de buena práctica penitenciaria para la implementación de las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos).

Fallo "Nasso" CSJN[53]

El detenido José Agustín Cayetano Nasso, presentó un Hábeas Corpus para solicitar la revocación judicial del traslado dispuesto por las autoridades del Servicio Penitenciario Federal, desde la Unidad 19 —Colonia Penal de Ezeiza— a la Unidad 7, sita en la Provincia del Chaco, por considerar que ello agravaba sus condiciones de detención (art. 3°, inc. 2°, de la ley 23.098) ya que él era portador del virus del S.I.D.A., requería una medicación y dieta acordes con su enfermedad que no se le suministraban y, además, se le restringía la visita de familiares y amigos que residían en Buenos Aires.

La Cámara Federal de Apelaciones de Resistencia, hizo lugar a la presentación, por lo que el Director de la Unidad 7, interpuso Recurso Extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia, contra esa resolución, el cual fue concedido.

El fallo, por mayoría declaró procedente el REF y dejó sin efecto la sentencia apelada, ya que consideró que *"el mero traslado de un condenado a un lugar distante del domicilio de sus familiares implique, por sí solo, un menoscabo intolerable de derechos por conducir a una privación manifiestamente excesiva de las que toda pena importa (Fallos: 303:256) o un agravamiento de las condiciones de privación de la libertad que exceda las precauciones exigidas por la seguridad (Fallos: 308:2563)."* También plantea la mayoría que, *"de acuerdo a los estudios criminológicos pertinentes, Nasso es una persona que debe ser alojada en un establecimiento de máxima seguridad —por su condición de portador de H.I.V. positivo asintomático y por haber sido calificado como de máxima peligrosidad—, de modo que no se trata de una decisión caprichosa o arbitraria y que el traslado a otra unidad constituye precisamente un trato no discriminatorio, pues implica no apartarlo de los demás detenidos en virtud de que su enfermedad se encuentra en su primera fase, está debidamente controlada, y la alimentación y medicación que se le proveen son las adecuadas."*

Ahora bien, resulta muy interesante la disidencia del Dr. Fayt, el cual considera que: *"Que la cámara entendió apropiados los argumentos de la resolución de primera instancia, la cual se base en el hecho de considerar que las razones expuestas por los directivos del Servicio Penitenciario Federal —el estado de salud del detenido y su agresividad— no justifican la medida adoptada. Esa conclusión se ve ratificada a poco que se observe que las mismas autoridades penitenciarias reconocieron, desde el momento de la solicitud de traslado del señor Nasso, que el cuadro de agresividad y probablemente de cierta peligrosidad que presenta, deviene justamente de la enfermedad que padece. Por tal motivo, resulta a todas luces irrazonable que, para resolver esa situación conflictiva, se lo traslade a una unidad en la que sus reclamos de mejor atención médica podrán ser satisfechos en aún menor medida."* También hace alusión a la posibilidad que deben tener los jueces, de ejercer el control de legalidad y razonabilidad sobre los actos administrativos que realicen las autoridades del Servicio Penitenciario Federal, más allá de la facultad que

53. "Nasso, José Agustín Cayetano s/ hábeas corpus" CSJN, 5/4/1994.

posee ese organismo de designar la unidad de detención en la que deben alojarse los internos.

3.3. Estudio jurídico. Chile

3.3.1. Régimen penitenciario

En el ámbito internacional de los derechos humanos, el PIDCP establece que el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad será la reforma y la readaptación social de los penados. Por su parte, las Reglas para el tratamiento de los reclusos, a propósito del fin y de la justificación de las penas y medidas privativas de libertad, esto, es, la reinserción social, señala que para alcanzarla, el régimen penitenciario deberá emplear todos los medios y formas de asistencia de que disponga, y deberá propender a reducir las diferencias que puedan existir entre la vida en prisión y la vida libre en cuanto éstas contribuyan a debilitar el sentido de responsabilidad del recluso o el respeto a la dignidad de la persona.

Como puede observarse, el régimen penitenciario se vincula directamente con la finalidad atribuida a las penas. Ello es una consecuencia lógica de la función que cumple el fin al cual se adscriba una legislación penitenciaria, en cuanto constituye la línea directriz que determinará la organización y estructura del sistema de ejecución de penas (elección y preparación del personal, instalaciones y estructura de los establecimientos penales) así como también fijará los parámetros para el ejercicio del poder discrecional de la autoridad penitenciaria, para la interpretación de la normativa contenida en el reglamento y para el ejercicio del control judicial de legalidad (Salinero, 2008: 46).

3.3.1.1. Sistemas o regímenes penitenciarios

El artículo 24 del Reglamento de establecimientos penitenciarios define régimen penitenciario como el conjunto de normas y medidas destinadas a: mantener una convivencia pacífica y ordenada de las personas que, por resolución del tribunal competente, ingresen a los establecimientos penitenciarios administrados por Gendarmería de Chile; cumplir los fines previstos en la ley procesal para los detenidos y sujetos a prisión preventiva; y llevar a cabo las actividades y acciones para la reinserción social de los condenados.

Como puede observarse, las reglas de régimen penitenciario se aplican a todas las personas que se encuentran sometidas al control y custodia de Gendarmería, ya sea que se encuentren en libertad o privadas de libertad y, en éste último caso, con diferencias según su calidad procesal.

En cuanto a las personas condenadas privadas de libertad, el régimen penitenciario regirá la modalidad de cumplimiento de la pena privativa, es decir, si ella se llevará a cabo intramuros o con un régimen de mayor libertad para el recluso y abarcará todos los aspectos de la vida de la persona recluida.

3.3.1.2. Tipos de sistemas o regímenes penitenciarios

La norma chilena distingue 3 tipos de regímenes penitenciarios que, a su vez, darán lugar a diversas clases de establecimientos penitenciarios. Cualquiera que sea el régimen aplicable, deberá siempre sujetarse a lo establecido en la Constitución Política de la República, los tratados internacionales, la ley procesal, la ley orgánica de Gendarmería de Chile y otras leyes y reglamentos relacionados con materias penitenciarias (artículo 25 del Reglamento de establecimientos penitenciarios).

i. Régimen cerrado. El régimen cerrado debe garantizar una reclusión segura, por lo que se inspira en los principios de seguridad, orden y disciplina. En este régimen se cuida especialmente la observación puntual de los horarios, de los encierros y desencierros, de los allanamientos, requisas, recuentos numéricos y desplazamiento de los internos de unas dependencias a otras (artículo 29 del Reglamento de establecimientos penitenciarios). Sin perjuicio de ello, la seguridad y disciplina no pueden impedir la realización de las actividades de reinserción ya que éste es el fin de la ejecución de la pena.
ii. Régimen abierto. El régimen abierto se aplica en los casos de cumplimiento de una condena en el medio libre, ya sea por disposición judicial o por el otorgamiento de un beneficio intrapenitenciario (artículo 31 del Reglamento Penitenciario). El primer caso, tiene lugar cuando el juez otorga alguna pena sustitutiva de la pena privativa de la libertad (Ley Nº 18.216, sobre penas sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad). Respecto de los beneficios intrapenitenciarios, la pena se cumplirá, en todo o en parte, en el medio libre, cuando la autoridad administrativa acoja una solicitud de salida controlada al medio libre u otorgue la libertad condicional. Este régimen se caracteriza por la inexistencia de vigilancia permanente y directa sobre el recluso y por la ausencia de controles rígidos, tales como formaciones, allanamientos, intervención o restricción de visitas y correspondencia, etc.
iii. Régimen semi-abierto. Este régimen corresponde a un tipo de ejecución penal que se sitúa entre el régimen cerrado y el abierto. En él se prescinde parcialmente de sistemas de seguridad y se da cumplimiento a la condena en un medio organizado en torno a la actividad laboral y la capacitación. Este régimen le permite a los reclusos moverse libremente, sin vigilancia, al interior del recinto, ya que se basa en los principios de autodisciplina y confianza.

En términos generales, la población penal se distribuye de acuerdo a los siguientes porcentajes: 35.3% en el sistema cerrado, 41,6% en el sistema abierto y 0,7% en el sistema semi-abierto.

3.3.2. Tipos de establecimientos penitenciarios

3.3.2.1. Definición legal

El artículo 11 del Reglamento de establecimientos penitenciarios contiene una definición de establecimiento penitenciario: "se denominan genéricamente establecimientos

penitenciarios, los recintos donde deben permanecer custodiadas las personas privadas de libertad en razón de detención y mientras están puestas a disposición del Tribunal pertinente; las personas sometidas a prisión preventiva y las personas condenadas al cumplimiento de penas privativas de libertad. Corresponden también a esta denominación las dependencias destinadas al seguimiento, asistencia y control de los condenados que, por un beneficio legal o reglamentario, se encuentran en el medio libre".

Como puede observarse, se trata de un concepto amplio que comprende todas las unidades administradas por Gendarmería de Chile y en las cuales se encuentran las personas sometidas a su control y vigilancia, bajo alguno de los tipos de regímenes penitenciarios que se describieron más arriba y que determinarán las características del lugar de reclusión.

Los establecimientos penitenciarios se crean, modifican o suprimen mediante Decreto Supremo del Ministerio de Justicia, a propuesta o previo informe del Director Nacional de Gendarmería. Para su creación, la autoridad ejecutiva debe considerar determinados principios que se vinculan con necesidades propias de ciertos grupos de reclusos y con el fin preventivo especial de la pena privativa de libertad. Estos principios están enumerados de manera enunciativa en el artículo 13 del Reglamento de establecimientos penitenciarios: edad y sexo de las personas; naturaleza de las actividades y acciones de reinserción social, delito cometido; nivel de compromiso delictual; necesidades especiales de seguridad o de salud de ciertos grupos y otros criterios que adopte complementariamente la administración penitenciaria. Al mismo tiempo, algunos de estos principios constituyen variables que determinan el nivel de complejidad de las unidades penales desde la perspectiva de su funcionamiento y administración por parte de Gendarmería de Chile.

En lo atingente a la administración interna de los establecimientos penitenciarios, será el Director Nacional quién, mediante resolución fundada, la establecerá.

3.3.2.2. Tipos de establecimientos

Tal como lo demandan los instrumentos internacionales y como ha sido recogido en la normativa chilena, deben estar recluidos de manera separada, ya sea en establecimientos diversos o en dependencias diversas dentro de un mismo establecimiento penitenciario, los siguientes grupos: detenidos; sujetos a prisión preventiva y condenados; hombres y mujeres; y menores y adultos.

En el caso de los menores de edad, con la vigencia de la Ley Nº 20.084 sobre responsabilidad penal adolescente, los menores ya no son recluidos en establecimientos penitenciarios sino en centros de internación a cargo del Servicio Nacional de Menores. Cuando cumplen la mayoría de edad pueden ser trasladados a secciones especiales dentro de los establecimientos para adultos, bajo ciertas condiciones. En la unidad penal para adultos estarán recluidos en una sección especial, separados del resto de la población penal y se les aplicará un reglamento de ejecución especial.

Según lo descrito, podemos distinguir:

i. Centros de Detención Preventiva (CDP): son aquellas unidades o secciones destinadas a la atención de detenidos y sujetos a prisión preventiva. Estos establecimientos siempre tendrán un régimen penitenciario cerrado.
ii. Centros de Cumplimiento Penitenciario (CCP): unidades destinadas a la reclusión de personas condenadas a penas privativas de libertad. Estos centros penitenciarios pueden tener un régimen cerrado, semiabierto o abierto, según sean las necesidades de tratamiento de la población penal.
iii. Centros Penitenciarios Femeninos (CPF): unidades o secciones destinadas a la atención de mujeres. En estos centros deben existir dependencias adecuadas para el cuidado y tratamiento pre y post natal y para la atención de hijos lactantes de las reclusas. Deben también contar con personal médico especializado. Las Reglas de Bangkok además añaden que en la medida de lo posible, las mujeres privadas de libertad deberán ser enviadas a centros de reclusión cercanos a su hogar, tomando en consideración sus responsabilidades de cuidado de otras personas, así como sus preferencias y la disponibilidad de programas y servicios apropiados (Regla 4).
iv. Complejos Penitenciarios (CP): según el artículo 16 del Reglamento de establecimientos penitenciarios se denominan así establecimientos que coexistan en un mismo perímetro, y apliquen un régimen interno y tratamiento diferenciado a los reclusos, con apoyo de servicios únicos centralizados de seguridad, administración, salud, reinserción social, laboral y de registro y movimiento de la población penal. Estos establecimientos pueden albergar exclusivamente a personas detenidas, en prisión preventiva o a condenados, con la excepción de los Centros Penitenciarios Femeninos, que pueden albergar mujeres de toda calidad procesal.
v. Centros de Educación y Trabajo (CET): según lo establece el artículo 64 del Estatuto Laboral, los CET constituyen establecimientos penitenciarios o parte de ellos, destinados a contribuir al proceso de reinserción social de las personas condenadas. Para dicho objetivo se proporciona o facilita al recluso trabajo regular y remunerado, capacitación o formación laboral, se ejecutan programas de intervención y formación psicosocial, y se apoya la formación educativa. Sin perjuicio de ello, pueden constituir unidades económicas productivas y comerciales de bienes y servicios. Estos establecimientos pueden tener un régimen cerrado, semi-abierto o abierto.
vi. Centros de Reinserción Social (CRS): son aquellos establecimientos destinados al seguimiento, asistencia y control de condenados que, por disposición legal o reglamentaria, se encuentran cumpliendo condena en el medio libre. En ellos se aplica siempre un régimen penitenciario abierto.
vii. Establecimientos Penitenciarios Especiales: regulados en el artículo 21 del Reglamento de establecimientos penitenciarios, son aquellos recintos destinados a la custodia de determinados grupos de detenidos, sujetos a prisión preventiva y condenados. Normalmente, se trata de recintos para ex uniformados, ya sea de las Fuerzas Armadas, Carabineros, Policía de Investigaciones y Gendarmería de Chile.

3.3.3. Ingreso

Los detenidos y reclusos son especialmente vulnerables la primera vez que llegan al centro de detención o encarcelamiento. El derecho internacional reconoce que el derecho de una persona a la vida y a no ser sometida a torturas o malos tratos requiere en ese momento un marco específico de protección. Una serie de instrumentos jurídicos internacionales describen los derechos de la persona encarcelada y las obligaciones del personal penitenciario en el momento del primer ingreso a un lugar de detención, con el objeto de proteger a dicha persona contra torturas, malos tratos, desapariciones, ejecuciones extrajudiciales y suicidio. Estos derechos son aplicables a todos los reclusos, tanto si están en prisión preventiva, en espera de juicio o sentencia, o sentenciados. Existen otras importantes consideraciones adicionales aplicables a grupos específicos de reclusos, como los aún no sentenciados, menores de edad, jóvenes y mujeres (Coyle, 2009: 36). Así por ejemplo, respecto de este último grupo las Reglas de Bangkok indican que "se deberá prestar atención adecuada a los procedimientos de ingreso de las mujeres y niños", permitiéndoles tener acceso y contacto con sus familiares, recibir asesoramiento jurídico y ser informadas sobre el reglamento, el régimen penitenciario y las instancias a las que recurrir en caso de necesitar ayuda en un idioma que no comprendan. Para el caso de las mujeres con niños se plantea la posibilidad de suspender la reclusión por un periodo razonable, en función del interés superior de los niños (Regla 2).

El procedimiento que se inicia al momento del ingreso de una persona condenada a una pena privativa de libertad comprende diversas instancias, que se detallan a continuación:

a) Existencia de una orden legal. En el ámbito internacional, todos los instrumentos de derechos humanos establecen la necesidad de una orden válida de detención o privación de libertad emitida por una autoridad judicial, administrativa, médica u otra autoridad competente para que una persona pueda ser admitida en un establecimiento de privación de libertad (Regla 7.2 de las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos; Principio IX.1 de los Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas, etc.). En el caso de las personas que ingresarán a un establecimiento penitenciario a cumplir una condena de privación de libertad, el ordenamiento chileno exige la existencia de una sentencia condenatoria firme o ejecutoriada. Si el condenado ya se encontraba privado de libertad (en prisión preventiva) el tribunal remitirá copia de la sentencia, con el atestado de hallarse firme, al establecimiento penitenciario donde se encuentra la persona recluida, dando orden de ingreso en calidad de condenado. Si el condenado estuviere, por el contrario, en libertad, el tribunal ordenará inmediatamente su aprehensión y, una vez efectuada, procederá conforme a la regla anterior (artículo 468 del Código Procesal Penal). Este requisito es también recogido por la normativa penitenciaria al establecer el Reglamento, en su artículo 24, que el régimen

penitenciario se aplicará a aquellas personas que, por resolución del tribunal competente, ingresen a un establecimiento penitenciario. La sentencia condenatoria no sólo acredita la calidad de condenado, sino que define el espacio temporal durante el cual el recluso estará sometido a la custodia y vigilancia de la autoridad penitenciaria. Por lo tanto, será un factor determinante para la planificación de la intervención, la preparación para el egreso y el inicio del sistema progresivo.

b) Registro oficial de condenados. Las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos (Regla 7.1), el artículo 10 de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas y el Principio IX.2 de los Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas, establecen la obligación de que todo recinto de privación de libertad cuente con un registro completo y actualizado de todas las personas que se encuentren privadas de libertad, el que deberá ser accesible a la persona privada de libertad, a su representante y a las autoridades competentes. La normativa chilena, sin embargo, no habla expresamente de un registro, sino de una Ficha Única Individual que se abrirá respecto de cada recluso al momento de su ingreso a la unidad penal, cuyo objetivo será la identificación y registro del mismo y la aplicación diferenciada del plan de reinserción social. Establece el artículo 26 del Reglamento de establecimientos penitenciarios que dicha ficha deberá contener los datos personales, procesales, de salud, educación, trabajo, conductuales, psicológicos y sociales del recluso así como cualquier otro dato relevante sobre su vida penitenciaria. Esta ficha acompañará al recluso a todo establecimiento al que fuere trasladado.

c) Información sobre el régimen penitenciario: La vida en prisión debe comenzar y proseguir dentro de un marco de justicia y equidad, de un modo que reduzca al mínimo el sentimiento de impotencia de los reclusos y que les quede claro que siguen siendo ciudadanos con derechos y obligaciones. Para ello es indispensable que luego del ingreso y registro del recluso se lleve a cabo un proceso de inducción referido a la información básica sobre las reglas y normas de convivencia al interior del establecimiento de reclusión, régimen de visitas, derechos, deberes y obligaciones, del procedimiento para presentar quejas, formular peticiones, las normas disciplinarias, etc. Se recomienda, como una buena práctica, que los establecimientos cuenten con un plegable (tríptico o afiche) básico de inducción, donde se describan estas reglas básicas, que sea entregado a los internos al momento del ingreso, así como colocado en los patios para conocimiento de toda la población carcelaria. Se deben adoptar las medidas necesarias para garantizar que quienes no dominen el idioma, las personas analfabetas o con alguna discapacidad reciban y comprendan esta importante información (Mier y Briceño-Donn, 2006: 45). Esto es recogido por la normativa internacional de derechos humanos. Así, la regla 35 de las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos establece:

   i. A su ingreso cada recluso recibirá una información escrita sobre el régimen de los reclusos de la categoría en la cual se lo haya incluido, sobre las reglas disciplinarias del establecimiento y los medios autorizados para informarse y formular

quejas; y cualquiera otra información necesaria para conocer sus derechos y obligaciones, que le permita su adaptación a la vida del establecimiento.

ii. Si el recluso es analfabeto, se le proporcionará dicha información verbalmente. En los mismos términos se pronuncia el Principio 13 del Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión.

La información sobre el régimen penitenciario al que quedará sometido el recluso así como sobre su estatuto jurídico como condenado ha sido relevado como una de las medidas indispensables para asegurar un real y efectivo acceso a la justicia de este grupo vulnerable. Las 100 reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad establecen la necesidad de generar una cultura jurídica: (26) Se promoverán actuaciones destinadas a proporcionar información básica sobre sus derechos, así como los procedimientos y requisitos para garantizar un efectivo acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Para ello (27) se incentivará la participación de funcionarios y operadores del sistema de justicia en la labor de diseño, divulgación y capacitación de una cultura cívica jurídica, en especial de aquellas personas que colaboran con la administración de justicia en zonas rurales y en áreas desfavorecidas de las grandes ciudades.

A pesar de la trascendental importancia del conocimiento de las reglas que regulan la vida de un condenado dentro de una unidad penal —considerando además que ellas son de cumplimiento obligatorio—, la normativa chilena no contiene ninguna norma que establezca la obligación de la administración penitenciaria de proporcionar dicha información al recluso.

d) Información a los familiares sobre la privación de libertad. Toda persona admitida en prisión deberá tener la oportunidad, a la mayor brevedad, de comunicar su paradero a su representante legal y a sus familiares. Este derecho deberá ser otorgado al recluso cada vez que sea trasladado a otra prisión o lugar de detención. En este sentido se pronuncia la normativa internacional y nacional. El principio 16 del Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, en concordancia con las Reglas de Bangkok (Regla 2) señalan:

1. 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.
2. Si se trata de un extranjero, la persona detenida o presa será también informada prontamente de su derecho a ponerse en comunicación por los medios adecuados con una oficina consular o la misión diplomática del Estado del que sea nacional o de aquel al que, por otras razones, competa recibir esa comunicación, de conformidad con el derecho internacional o con el representante de la organización internacional competente, si se trata de un refugiado o se halla

bajo la protección de una organización intergubernamental por algún otro motivo.

3. Si la persona detenida o presa es un menor o una persona incapaz de entender cuáles son sus derechos, la autoridad competente se encargará por iniciativa propia de efectuar la notificación a que se hace referencia en este principio. Se velará en especial porque los padres o tutores sean notificados.

   Por su parte, el Reglamento de establecimientos penitenciarios en su artículo 39 consagra también el derecho del recluso a informar a su familia o a quien él determine, el hecho de su internación en un establecimiento penal o su traslado a otro recinto. Este derecho lo ejercerá la persona privada de libertad personalmente y en caso de incomunicación decretada judicialmente, la información será entregada por personal de la unidad penal. La norma le fija a la autoridad un plazo perentorio de 24 horas para que se efectúe la comunicación, desde el ingreso o traslado. En caso de ingresos o traslados masivos, la autoridad penitenciaria deberá comunicar a la familia la circunstancia de la privación de libertad de manera igualmente eficaz.

e) Chequeo Médico. Para verificar el estado físico y psíquico del interno se practicará un examen médico. Tanto las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos como el Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, y las Reglas de Bangkok establecen la obligación de la administración penitenciaria de que se practique por un médico un examen a cada recluso, tan pronto sea posible después de su ingreso y ulteriormente tan a menudo como sea necesario, en particular para determinar la existencia de una enfermedad física o mental, tomar en su caso las medidas necesarias; asegurar el aislamiento de los reclusos sospechosos de sufrir enfermedades infecciosas o contagiosas; señalar las deficiencias físicas y mentales que puedan constituir un obstáculo para la readaptación, y determinar la capacidad física de cada recluso para el trabajo (Regla 24). Asimismo, se establece que la administración debe proporcionar a las personas privadas de libertad atención y tratamiento médico cada vez que sea necesario. Esa atención y ese tratamiento serán gratuitos. La realización del examen médico, el nombre del facultativo que lo practicó así como sus resultados deberán ser registrados y el recluso deberá tener acceso a dichos registros (Principios 24 y 26). A pesar de que en la práctica penitenciaria chilena se lleva a cabo normalmente un examen físico al ingreso del recluso a un establecimiento penitenciario, lo cierto es que la normativa nacional no lo contempla, incurriendo en una grave omisión puesto que este examen es una de las medidas eficaces para detectar posibles casos de tortura o malos tratos.

f) Clasificación y determinación de la unidad penal de cumplimiento. Una vez efectuado el ingreso y el chequeo médico, el recluso condenado será sometido a una entrevista personal y a la aplicación de la Ficha de compromiso delictual, que determinará el módulo o pabellón donde será recluido.

3.3.4. Liberación

No existe ninguna norma en el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios que se refiera al momento de la excarcelación o liberación del recluso.

La liberación tendrá lugar una vez cumplida la condena de manera efectiva o por el otorgamiento del beneficio de la libertad condicional. Como se verá en el Capítulo 7, el beneficio de rebaja de condena opera una vez cumplida la pena luego de efectuadas las deducciones de los meses acumulados y, por tanto, nunca implicará cumplimiento de una parte de la condena en el medio libre.

3.3.5. Traslados y conducciones

3.3.5.1. Cuestiones generales

Dar importancia al mantenimiento del contacto con la familia con todas las consecuencias que ello genera para el proceso de reinserción social y para los derechos de los niños y niñas a no ser separados de sus padres, suponen algunos requerimientos a las autoridades penitenciarias. En primer lugar, tiene consecuencias para la organización del sistema penitenciario y es un argumento para que el lugar de residencia del recluso sea un factor determinante a la hora de decidir a qué prisión enviarlo o trasladarlo. Esto además tiene implicaciones culturales para el recluso y también podría facilitar el vínculo de las familias con los privados de libertad, al reducir las distancias gastadas para visitar al familiar encarcelado. Dado que muchos reclusos proceden de entornos marginalizados y empobrecidos, el costo de viajar grandes trayectos puede suponer la imposibilidad de visitar al recluso si la prisión está muy alejada del lugar de residencia de la familia. En aquellos países en los que los reclusos dependen de sus familiares para la obtención de ropa, alimentos, medicamentos y otras necesidades, la proximidad al hogar es de fundamental importancia. Garantizar el mejor acceso posible a la familia debe ser parte integral de un sistema que trate a los reclusos de manera humanitaria (Coyle, 2006: 99).

En el ámbito internacional de los derechos humanos, la normativa penitenciaria hace hincapié en la necesidad de respetar la dignidad de las personas durante los procedimientos de traslado y de recluirlos en los lugares cercanos al domicilio familiar. Así, el Principio IX.4 4. del Conjunto de principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas, señala 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. En la misma línea se manifiestan las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos (Regla 45), al establecer que:

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 imponga 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 Principio 20 del Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión señalan que la persona presa será mantenida en lo posible, en un lugar de detención o prisión situado a una distancia razonable de su lugar de residencia habitual.

En Chile, la legislación también reconoce la importancia del lugar de reclusión y la cercanía a la familia. En el artículo 53 del Reglamento de establecimientos penitenciarios se establece una regla de garantía para el ejercicio del derecho a visita: en resguardo del derecho a visitas, los condenados deberán permanecer recluidos preferentemente cerca de su lugar de residencia. De forma tal que la regla ordena que los condenados sean ingresados al centro más próximo al domicilio del interno para evitar el desarraigo (Unidad de Defensa Penitenciaria, 2012: 10).

Los traslados pueden ser entendidos en un sentido amplio, el cual comprende traslados a otros establecimientos penitenciarios, a dependencias de los tribunales para ser puesto a disposición del juez competente e incluso los que se realizan por acuerdos celebrados con diversos Estados para facilitar el regreso de los reclusos extranjeros a sus países de origen a cumplir sus sentencias (Unidad de Defensa Penitenciaria, 2012: 2).

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; ni se podrán realizar en condiciones que les ocasionen sufrimientos físicos o mentales, en forma humillante o que propicien la exhibición pública.

El Reglamento de Establecimientos Penitenciarios no regula de manera sistemática los traslados y sólo contempla dos hipótesis: traslado como medida de extrema seguridad (artículo 28) y traslado para tratamientos médicos (artículos 35 y 36). El resto de los supuestos de traslados pueden ser extraídos de diferentes disposiciones contenidas tanto en el D.L. N° 2.859, Ley Orgánica de Gendarmería de Chile, como en el Reglamento de establecimientos penitenciarios.

3.3.5.2. Supuestos de traslados

i. Traslado como medida de extrema seguridad. El artículo 28 del Reglamento de establecimientos penitenciarios regula esta medida estableciendo los requisitos y el procedimiento para adoptarla. El cumplimiento de ellos determinará la validez

del acto administrativo que ordena el traslado. La autoridad competente para ordenar este tipo de traslado es el Director Nacional de Gendarmería o el Director Regional respectivo, con la posibilidad de delegación de la facultad en otra autoridad penitenciaria. La norma es clara en establecer los requisitos y presupuestos que deben concurrir para efectuarse el traslado:

- Presupuestos: reincidencia, tipo de delito, reiteradas infracciones al régimen disciplinario, requerimientos sanitarios y/o cualquier otro antecedente técnico que haga necesario el traslado.
- Consecuencias: peligre la vida e integridad física y psíquica de las personas o peligren el orden o seguridad del recinto.

El procedimiento es bastante estricto. Exige que, previo al traslado, se evacúe un informe técnico Este informe deberá hacerse cargo de los presupuestos y consecuencias y pronunciarse sobre la conveniencia del traslado. La autoridad competente deberá emitir una resolución fundada, la que deberá contener los motivos de hecho y derecho, que en este caso se relacionan con los presupuestos y consecuencias normativas ya señaladas, y los antecedentes recopilados en el Informe Técnico, que permitan subsumir la situación fáctica a la norma. Finalmente, la resolución deberá notificarse al interno el mismo día en que fue dictada o a más tardar al día siguiente. El interno podrá exigir copia de la resolución. El Jefe del establecimiento deberá supervisar la ejecución del traslado y en él se observarán todas las normas de trato humanitario. La resolución que ordena este tipo de traslado deberá ser objeto de revisión cada 60, 90, 120 días y después cada 6 meses (Unidad de Defensa Penitenciaria, 2012: 24 y ss.).

ii. Traslado por motivos médicos

El artículo 35 del Reglamento de establecimientos penitenciarios contempla la posibilidad de un traslado desde la unidad penal a un centro asistencial externo en caso de que el recluso requiera de una atención de salud o tratamiento que no pueda ser otorgado en la unidad médica del establecimiento penitenciario. La resolución la deberá dictar el Director Regional, previa certificación efectuada por personal médico del servicio penitenciario que dé cuenta de la necesidad de atención o cuidados médicos especializados y de la imposibilidad de poder tratar al recluso en la unidad médica del establecimiento. El traslado se ordenará exista o no urgencia en la atención. En caso de urgencia, sin embargo, el Jefe del establecimiento podrá autorizar la salida, la que deberá ser ratificada por el Director Regional dentro de las 48 horas siguientes.

En primera instancia, el recluso será trasladado a un establecimiento hospitalario público que forme parte de los Servicios de Salud, a menos que el interno desee ser atendido en algún otro establecimiento y cuente con recursos para financiar dicha atención. En los establecimientos en que se ejecute un contrato de concesiones que considere la atención de salud para los internos, la autorización de atención o internación en el exterior de la unidad penal, podrá referirse a clínicas u hospitales privados, sin que ello pueda importar costo alguno para la Institución. En ambos casos, esto es, centro hospitalario público o privado, el recinto deberá satisfacer los requerimientos de seguridad que Gendarmería determine (artículo 36 del Reglamento Penitenciario).

La duración de la internación de los penados en recintos hospitalarios externos, será determinada por el personal médico de Gendarmería de Chile, el que realizará o solicitará evaluaciones de la salud del interno con la periodicidad que el caso amerite (artículo 37 del Reglamento de establecimientos penitenciarios).

iii. Otros traslados

Toda vez que un recluso requiera ser trasladado de unidad penal por motivos de reinserción social —ya sea para ser capacitado en un oficio o profesión o para ejecutar alguna actividad laboral, cultural, deportiva o recreativa o para someterse a un tratamiento determinado de intervención— o para proteger su vida e integridad física y psíquica, la autoridad penitenciaria, en uso de las facultades concedidas en el artículo 6° N° 12 de la Ley Orgánica de Gendarmería de Chile podrá disponer dicho traslado, de acuerdo con la reglamentación vigente.

3.3.6. Asistencia post penitenciaria

Tanto las normas internacionales como como la normativa nacional reconocen la reinserción social como finalidad de la pena. No obstante, poco se hace referencia a la delimitación de este concepto en el ámbito post penitenciario, siendo que esta etapa debe constituir un periodo de continuidad de las intervenciones realizadas al interior de la cárcel encaminadas hacia este fin.

A pesar de las dificultades para identificar referencias explícitas sobre este tema, algunas de las normas que expresan una regulación específica sobre este tema son las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos, los Principios básicos para el tratamiento de los reclusos y las Reglas de Bangkok.

Coincidiendo con lo inicialmente expresado, la Regla 64 indica que "*el deber de la sociedad no termina con la liberación del recluso. Se deberá disponer, por consiguiente, de los servicios de organismos gubernamentales o privados capaces de prestar al recluso puesto en libertad una ayuda postpenitenciaria eficaz que tienda a disminuir los prejuicios hacia él y le permitan readaptarse a la comunidad*".

Un elemento interesante es el planteado en la Regla 80, que resalta la importancia de considerar la necesidad de favorecer la reinserción social de la persona privada de libertad desde el inicio del cumplimiento de la condena, pero, además, luego de la obtención de la libertad, entendiendo el proceso de reinserción como un periodo no restringido a la duración de la condena. En un sentido similar la Regla 46 (Reglas de Bangkok) se refiere a la necesidad de que se elaboren y ejecuten programas de reinserción amplios para el período anterior y posterior a la puesta en libertad, proceso en el que se deben involucrar las autoridades penitenciarias, en cooperación con los servicios de libertad condicional y de asistencia social, los grupos comunitarios locales y las organizaciones no gubernamentales. Destaca además que estos programas deberán tomar en cuenta las necesidades específicas de las mujeres.

Otra consideración importante es la referida a la importancia de estimular relaciones con personas u organismos externos que puedan favorecer el bienestar de la familia de la persona recluida así como su propia reinserción (Regla 80 de las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos, concordante con el principio 8 de los Principios básicos para el tratamiento de los reclusos y la Regla 45 de las Reglas de Bangkok).

Las normas referidas, también coinciden en la necesidad de incorporar a los servicios y organismos, oficiales o no, que ayudan a los reclusos puestos en libertad en la tarea de apoyar la reintegración de las personas privadas de libertad, proporcionando a los liberados documentos de identidad, alojamiento, trabajo, vestidos, atención de salud especializada, así como los medios necesarios para subsistir durante el período inmediato a su liberación (Regla 81 y 83 de Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos, concordante con el principio 10 de los Principios básicos para el tratamiento de los reclusos y la Regla 47 de las Reglas de Bangkok).

3.3.6.1. Estructuración en el contexto chileno

La institución encargada de implementar los programas postpenitenciarios es el Departamento Postpenitenciario, antes denominado Patronato Nacional de Reos. El Patronato de reos fue creado mediante el Decreto Supremo 542, en 1943, como una sección dependiente de Gendarmería de Chile bajo la línea del Director General de la institución, pero con personalidad jurídica propia. La dirección superior estaba a cargo del Consejo del Patronato Nacional de Reos, presidido por el Director de Gendarmería y contaba con una Secretaria Ejecutiva responsable de poner en práctica los programas definidos por el Consejo (DIPRES, 2005).

El Patronato de reos tenía como objetivo "*prestar protección material y moral a los detenidos, a los reos privados de libertad o en libertad condicional, a los egresados, a los ofendidos y a sus familias, proporcionándoles medios de trabajo y procurándoles atención social, educacional, física, médica y cultural*" (artículo 2. letra a, Decreto Supremo 542). No obstante, la institución reinterpretó lo dispuesto en la norma y concentró sus esfuerzos en el siguiente grupo:

a) Quienes hubieran cumplido condena y se encontrasen en proceso de eliminación de antecedentes de acuerdo a las normas establecidas en el Decreto Ley N° 409.
b) Quienes estuvieren condenados y se les hubiese otorgado la Libertad Condicional.
c) Quienes hubieren sido beneficiados con indultos conmutativos.

Para la consecución de sus objetivos, el Patronato de reos ejercía funciones a nivel nacional, contando para ello con los Patronatos Locales de Reos, los que constituían unidades operativas a nivel local. En las regiones donde no existían Patronatos Locales, la prestación de servicios era proporcionada por los Centros de Rehabilitación Social y/o las unidades penales del sistema cerrado.

El Patronato de resos funcionó como entidad de carácter público-privada hasta el 8 de mayo del 2012, cuando la Dirección Nacional de Gendarmería emitió la Resolución N° 44.788, que establece una nueva organización interna de Gendarmería. En ese contexto el Patronato Nacional de Reos pasó a denominarse Departamento Postpenitenciario, dependiendo así de la Subdirección Técnica. El objetivo de este Departamento, de acuerdo a la Resolución N° 4478, es "*gestionar los planes y programas de asistencia a las personas que habiendo cumplido sus condenas, requieran de apoyo para su reinserción social*". De lo indicado cabría preguntarse si correspondería al Departamento trabajar con la población beneficiada con Libertad Condicional, dado que este grupo no habría cumplido aún su condena. No obstante, este aspecto se aclara al revisar la Resolución Exenta N° 13.273, del 27 de diciembre de 2012, que indica en su artículo 20 (letra f) que serán tareas específicas de la Sección de Estadística y Control del Departamento Postpenitenciario "*supervisar el control de la Libertad Condicional y el proceso de eliminación de antecedentes contemplado en el Decreto Ley N° 409, en las Unidades postpenitenciarias y que sus procesos administrativos se adecuen a la normativa vigente*". De esta manera se reconoce expresamente que los libertos condicionales forman parte del público usuario de los servicios proporcionados por el Departamento Postpenitenciario y sus unidades locales.

Siendo más ambiciosos y, en concordancia con la normativa internacional, podría afirmarse que el ámbito postpenitenciario involucra al universo de personas que cumplieron su pena; las que disfrutan de beneficios penitenciarios, de libertad condicional e indultos conmutativos; pero también a quienes estando en el medio cerrado, participan de iniciativas destinadas a prepararlos para el momento en que recuperaren su libertad (Martínez, 2008). Sobre este último grupo existe discordancia en la interpretación institucional.

En cuanto a la norma nacional, en Chile, si bien el Reglamento de establecimientos penitenciarios no se refiere expresamente a este término, Gendarmería de Chile lo utiliza indicando que la misión del servicio se cumple a través de los Sub-sistemas Penitenciarios, a saber, el cerrado, el semi-abierto, el abierto y el postpenitenciario. Este último se ejecuta en los Centros de Apoyo para la Integración Social (antes denominados Patronatos Locales de Reos), los Centros de Reinserción Social y en las unidades penales, comprendiendo "*a la población de condenados que han sido beneficiados con la Libertad Condicional y Eliminación de Antecedentes Penales (Decreto Ley Nº 409)*".

3.3.6.1.1. Libertad condicional

La libertad condicional será ampliamente tratada en el Capítulo 6, no obstante, dada la pertinencia de su abordaje en el conjunto de instituciones que conforman el ámbito postpenitenciario, se la incluye en forma sintética en este apartado.

La libertad condicional, medida que permite el cumplimiento de parte de la pena en libertad, se encuentra regulada en el Decreto Ley N°321, promulgado en 1926, que es

complementado por un Reglamento, sancionado mediante el Decreto N°2442. Esta norma fue recientemente reformada, a través de la ley N°20.587, de 2012, que modificó el procedimiento de otorgamiento, al cambiar el órgano encargado de concederla.

De la lectura del artículo 1 del Decreto Ley 321, que señala que "*la libertad condicional no extingue ni modifica la duración de la pena, sino que es un modo particular de hacerla cumplir en libertad por el condenado*", puede interpretarse que este instituto se ejecuta como parte de una pena, cuya forma de cumplimiento es modificado. Esto supone reconocer en la libertad condicional determinados fines asociados a su carácter de pena. A diferencia de los permisos de salida, en su regulación no se estableció de manera expresa la finalidad de reinserción social del condenado. Sin embargo, esto puede desprenderse del artículo 1, cuando utiliza expresiones como "*corregido*" y "*rehabilitado*", que tradicionalmente se asocian al mencionado fin (Morales, 2012: 9).

En cuanto a los requisitos para su otorgamiento, se puede distinguir entre requisitos relativos a la condena y otros relativos al condenado.

a) Requisitos en relación a la condena:
   i. El cumplimiento de periodo de tiempo. Este lapso, contempla un tiempo mínimo para postular a la libertad condicional. Se trata de un requisito temporal de carácter objetivo. El período de tiempo ordinario (artículo 2 del Decreto Ley 321) supone el cumplimiento de la mitad de la condena definida en la sentencia definitiva. El período de tiempo especial (artículo 3) contempla el otorgamiento de la libertad luego de cumplidos 2/3 de la condena (de acuerdo a las excepciones establecidas en las normas que sancionan las conductas terroristas, los delitos contra la indemnidad sexual, los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas, etc.
   ii. Que la condena se refiera a una pena privativa de la libertad que tenga más de un año de duración (artículo 2 del D.L. 321). Este límite ha sido justificado, en el sentido de que el tiempo necesario para aplicar una intervención penitenciaria debiera contar de un mínimo temporal no inferior a un año, para luego comprobar sus efectos mediante la liberación a prueba (Morales, 2012: 12).
b) Requisitos en relación al condenado.
   i. Que se trate de condenados que sepan ley y escribir. La existencia de este requisito sobre la persona del condenado, no resulta adecuado si el objetivo último es su reinserción, tomando en consideración las condiciones de vulnerabilidad de la mayor parte de la población penal, caracterizada por un acceso limitado a educación formal, no correspondiendo restringirles esta posibilidad de egreso.
   ii. Haber observado conducta intachable. El concepto de "conducta intachable" resulta criticable atendida su vaguedad y su connotación moral. Según señalan algunos autores, una conducta intachable, si bien puede jugar un rol importante

en términos del mantenimiento del orden interno del establecimiento, lo cierto es que en la evidencia, no se ha encontrado relación entre la conducta del interno en prisión y su posterior conducta en el medio libre (Morales, 2012:13).

iii. Avances efectivos en el proceso de reinserción social, refiriéndose expresamente a haber aprendido bien un oficio —cuando existan talleres en la unidad donde se cumple condena— y haber asistido con regularidad y provecho a la escuela del establecimiento y a las conferencias educativas que se dicten (numerales 3 y 4, artículo 2 del Decreto Ley 321).

3.3.6.2. Eliminación de antecedentes prontuariales

El sistema de eliminación de antecedentes penales establecido en el Decreto Ley 409 ha resultado complejo de administrar, habiendo sido una de las principales actividades del Patronato Nacional de Reos, actualmente Departamento Postpenitenciario, especialmente en relación al control administrativo de firmas.

La norma contiene elementos interesantes al indicar en sus considerandos la necesidad de que, una vez extinguida la responsabilidad penal, el penado no quede marcado para toda su vida con el estigma de haber sido presidiario, dándole la seguridad de que, una vez cumplida su condena y después de haber llenado ciertos requisitos, pasará a formar parte de la sociedad en las mismas condiciones que los demás miembros de ella, no quedando el menor recuerdo de su paso por la prisión.

El Decreto Ley 409 establece una serie de requisitos que, una vez cumplidos, permiten la eliminación de los antecedentes contenidos en el extracto de filiación, incluyendo su destrucción material, independientemente del tipo de condena de que se haya tratado, es decir, no se atiende a la gravedad del delito (Martínez, 2008).

Una vez cumplidas las condiciones establecidas en la norma se otorgará el beneficio a través de Decreto Supremo de carácter confidencial, lo que en la actualidad se hace mediante una Resolución Exenta emitida por el Secretario Regional Ministerial de Justicia de la Región respectiva.

Los requisitos exigen un determinado tiempo de control del postulante, mediante la firma mensual en el Centro de Apoyo para la Integración Social correspondiente, por un periodo de 2 años, si se trata de una persona primeriza (con una primera condena), y de 5 años si la persona fuera reincidente (tuviera dos o más condenas). En caso de que el interesado no contase con un Centro de Apoyo para la Integración Social en su ciudad de residencia el control se efectuará en un Centro de Reinserción Social o en una unidad penal.

Los requisitos a cumplir, además del tiempo de control son los siguientes (artículo 2, Decreto Ley 409):

a) Haber observado muy buena conducta en la prisión o en el lugar en que cumplió su condena.
b) Conocer bien un oficio o profesión.
c) Haber cursado a lo menos el cuarto año de educación básica.
d) No haber sufrido ninguna condena hasta la fecha en que se emita el decreto respectivo.
e) Haberse sometido al período de control que ya se explicó.

Dada la extemporaneidad del Decreto Ley 409 y a que sus requisitos implican una actividad por parte del interesado, adicional al cumplimiento de su condena, la interpretación de la forma cómo deben cumplirse dichos requisitos —especialmente la firma periódica— ha dado origen a múltiples problemas y ha ido variando con el tiempo (Martinez, 2008).

Capítulo 4. El control judicial de la ejecución de la pena

4.1. Introducción

4.1.1. Los difíciles orígenes de la jurisdicción penitenciaria

I. Una clásica aspiración de la política penitenciaria, finalmente, colmada, es la de someter la ejecución penal al control y vigilancia de un juez especial. No es un problema de desconfianza hacia la Administración —como se entendió en un principio por algunos—, ni tan siquiera de iniciar *ex novo* un control judicial, que no existiera antes de la creación de este órgano, se trata sólo de considerar que el interno, por su propia condición, por recelo a la justicia que le condenó, por las privaciones inherentes al sistema penitenciario, por su falta de movimientos o por su sentimiento de desprotección requiere de una jurisdicción especializada que esté próxima al desarrollo de la ejecución, pero, también porque todas las constituciones coinciden en destacar que corresponde al poder judicial «*juzgar y hacer ejecutar lo juzgado*». En estos términos se han expresado, también, algunas declaraciones internacionales. Así los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas señala que "*el control de legalidad de los actos de la administración pública que afecten o pudieren afectar derechos, garantías o beneficios reconocidos en favor de las personas privadas de libertad, así como el control judicial de las condiciones de privación de libertad y la supervisión de la ejecución o cumplimiento de las penas, deberá ser periódico y estar a cargo de jueces y tribunales competentes, independientes e imparciales. Los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos deberán garantizar los medios necesarios para el establecimiento y la eficacia de las instancias judiciales de control y de ejecución de las penas, y dispondrán de los recursos necesarios para su adecuado funcionamiento*." P. VI). La intervención judicial durante el internamiento por parte de jueces distintos a los que determinan las penas es concomitante al debido proceso. Para que el interno pueda hacer valer las normas que le protegen frente a las autoridades penitenciarias negligentes o abusivas, se requiere la existencia de un tercero suprapartes que las aplique, puesto que nadie ha de actuar como "*juez y parte*". Se trata de subordinar a la Administración penitenciaria a instituciones que la controlen, con amplios poderes coactivos más allá de la atención a quejas o la supervisión, a cargo de los órganos administrativos.

No obstante, la creación de este nuevo órgano judicial estuvo en un principio —y, sigue estando— llena de dificultades. Los recelos propios de las instituciones totales, como es la prisión, que, como señala Foucault, ni es hija de las leyes, ni de los jueces, han conseguido que la figura del juez de ejecución de penas o de vigilancia penitenciaria, en muchas ocasiones, se parezca más a un invitado de piedra, que a un instrumento eficaz para acercar la justicia a los privados del libertad. La mayor oposición a la existencia de estos ha procedido del mundo de las prisiones. Ha sido la Administración penitenciaria y el personal de los establecimientos quienes han considerado una intromisión en sus funciones y una presunción de ilegalidad en el ejercicio de su profesión. Sin embargo, juzgar a la Administración es ayudar a mejorarla. Existe una recíproca dependencia entre garantía y eficacia.

De modo esquemático podemos señalar las siguientes razones que respalda la decisión de contar con un juez de vigilancia penitenciaria:

- Argumentos técnico-jurídico:
  - división de poderes: ejecutar lo juzgado. Una persona privada de libertad no es un acto administrativo.
  - Garantía de legalidad: donde hay ley debe existir control judicial. Y cuando los riesgos de que la ley sea vulnerada con consecuencias graves para los derechos de las personas mayores deben ser las medidas de control judicial.
- Argumentos político-ideológico:
  - Funciones preventivas de la pena.
  - Funciones socio-pedagógicas (reinserción jurídica).

II. Siguen siendo muchos los interrogantes que se plantean en su entorno, desde encontrarle el nombre adecuado, hasta precisar sus relaciones con el órgano sentenciador y con la Administración penitenciaria o determinar sus competencias. A veces no hay previsto para su funcionamiento ningún procedimiento específico y su regulación a pesar de tratarse de un órgano jurisdiccional hay que buscarla en normas de rango inferior a la ley. Todos estos problemas no estarán correctamente resueltos hasta que el legislador no se decida por elaborar una legislación específica, en la que se aclaren las competencias, el procedimiento y se garantice una jurisprudencia uniforme en relación con la jurisdicción penitenciaria.

Ahora bien sería ingenuo pensar que para garantizar la eficacia de estos jueces en sus funciones de control de legalidad efectivo basta con la modificación del derecho positivo, regulando de forma adecuada sus competencias. Bien al contrario, su eficacia solo estará garantizada, en primer lugar, cuando el legislador supere el grave déficit de reconocimiento de los derechos de los privados de libertad. Entre ellos, y de una manera particularmente intensa, el principio de legalidad en la fase de ejecución, que es la base esencial del respeto a la dignidad de las personas. El reconocimiento de este derecho pasa inexorablemente por la posibilidad de la tutela judicial efectiva, respetándose aquellas garantías que aun siendo procesales nadie negaría al hombre libre.

Por otra parte, será necesario también que la prisión se conciba de una forma diferente, que se produzca un cambio integral en la forma en la que hasta ahora hemos venido gestionando el servicio de prisiones. Las ideas positivistas más rancias siguen apoderadas de esa gestión y no permiten su evolución hacia planteamientos más laicos. Seguimos pensando que el delincuente no es un malhechor, sino una persona mal hecha y que, en consecuencia no merece el reconocimiento de ningún derecho.

La cárcel sigue concibiéndose con una disciplina militar que asfixia la posibilidad de establecer una relación distinta entre el servicio de prisiones y el interno. El proceso de socialización exige antes que nada cambiar esa visión extremadamente autoritaria reñida con una sociedad democrática y con un Estado social que debe promocionar a las personas necesitadas para que pueda normalizar su vida en la sociedad libre. Un cambio en el modelo penitenciario pasa por concebir este órgano judicial como una institución externa al sistema a la cual puedan acceder las personas privadas de libertad sin necesidad de someterse a forma alguna para activar un control y una verificación de la condiciones de su detención. Este instrumento, debidamente reforzado por la ley, en sus competencias y con posibilidades de publicitar los resultados de su labor, podrá contribuir a favorecer la maduración de una conciencia de derechos, no solo en los propios detenidos sino también en los operadores de la justicia penal.

III. Como luego tendremos ocasión de analizar, el juez de vigilancia penitenciaria resulta una figura compleja que comparte labores propias de un órgano jurisdiccional convencional, pero, asume otras funciones de inspección e intervención que le alejan de su naturaleza jurídica. En este sentido se inserta en un conjunto de órganos de supervisión independientes. La idiosincrasia de la prisión y su hermetismo estructural obliga a prestar especial atención a estos órganos externos independientes, los cuales no empecen la existencia de otros órganos de la propia Administración cuya función organizativa les somete y obliga a criterios de parcialidad y jerarquía, por lo que no resultan suficientes para asegurar que la ejecución se hace conforme a lo que establece la ley y los principios que inspiran el sistema. Dependiendo de la tradición jurídica y el derecho interno de cada Estado, la función que desempeña el juez de vigilancia penitenciaria puede, no obstante, ser asignada a un juez administrativo o incluso a otra autoridad especializada con poderes coactivos, siempre y cuando esté establecida por ley, y sea independiente e imparcial. En el mismo sentido se expresa el Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión ("*Toda forma de detención o prisión …debe quedar sujetas a la fiscalización efectiva de un juez u otra autoridad*" P. 4). No obstante, la Convención Americana de Derechos Humanos se refiere a la protección judicial, y no de otra naturaleza, en términos tan amplios que son de aplicación en el escenario penitenciario ("*1. 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". Artículo 25).

La importancia de estos controles externos también ha sido reconocida por las normas internacionales, como es el caso de la Europeas, en donde se dice que "*todas las prisiones deben estar sujetas a inspecciones regulares por parte del gobierno y a una supervisión independiente*" (N. 9). En las cárceles se cometen frecuentes abusos que lesionan gravemente derechos de las personas; muchos internos se ven obligados a someterse a condiciones inhumanas y no encuentran o no son capaces de interponer una queja para evitarlas. La impunidad frente a la criminalidad penitenciaria favorece un estilo de gestión inaceptable bajo los postulados de un Estado de Derecho. No hay más caminos para acabar con esos abusos contra los internos. Los órganos de supervisión no deben depender económicamente del mismo ministerio que gestiona las prisiones y se debe asegurar que puedan dar a conocer los resultados de su actividad, sin ningún género de censura.

IV. Como hemos señalado las interrogantes en torno a esta figura se originan ya en la selección del *nomen iuris* más adecuado. En un análisis de derecho comparado apreciamos dos tendencias: de un lado, los países que se inclinan por la denominación juez de vigilancia penitenciaria y, de otro, los países que han preferido llamarle juez de ejecución de penas. En parte, una u otra opción guarda relación con un tema ya tratado en el primer capítulo, referido al alcance del Derecho penitenciario. Si el mismo abarca la ejecución de todas las penas, parece más acertado considerar que se trata de un órgano judicial encargado de la ejecución de las penas. Por el contrario, si consideramos que lo penitenciario va referido solo a la pena de prisión, la fase de ejecución resultará sometida al control de dos órganos judiciales diferentes: el uno, dedicado a la ejecución de las sentencias penales, y, el otro, específicamente, a la cuestión penitenciaria.

Nos inclinamos por un juez especializado en cuestiones penitenciarias y consagrado a ellas de forma exclusiva. Pero la figura del juez de vigilancia no puede ser concebida como un órgano jurisdiccional convencional encargado del control de legalidad en el ámbito penitenciario; es preciso que asuma funciones de promoción del proceso dinámico de la ejecución de la pena a la luz de los fines resocializadores. En este sentido, podríamos hablar de la dimensión o la función social de este órgano que se embrida de esta forma con los fines de reinserción social del sistema penitenciario.

Junto al Juez interviene en el procedimiento penitenciario el fiscal de vigilancia penitenciaria que tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley. Para que la persona interna tenga acceso a la justicia penitenciaria se requiere, además, garantizar una asistencia letrada especializada en la protección de sus derechos durante la ejecución de la pena o la prisión preventiva.

4.1.2. Las relaciones entre el órgano sentenciador y la jurisdicción penitenciaria

Los jueces de vigilancia penitenciaria son órganos jurisdiccionales. A pesar de que se han querido ver como instituciones híbridas a mitad de camino entre un órgano administrativo y judicial, ejercen funciones propias del poder judicial que, conforme a lo que establecen nuestras constituciones, son competencias exclusivas y excluyentes, concomitantes al derecho al debido proceso. Esta naturaleza judicial no impide que este órgano pueda ejercer funciones impromios o no jurisdiccionales debido a la heterogeneidad de lo penitenciario; sin embargo, el carácter judicial es una garantía de independencia e imparcialidad frente a la Administración.

Al compartir el carácter judicial con el juez o tribunal que dictó la sentencia los jueces de vigilancia penitenciaria asumen con todas las garantías la función de hacer ejecutar lo juzgado, es decir, el cumplimiento y/o ejecución de la condena. Con carácter general asumen todas las funciones que le corresponderían a los jueces o tribunales sentenciadores. Este transferencia de competencias no se hacen a modo de delegación, sino que el juez de vigilancia la asume de forma autónoma *ex novo*. Tan solo, en algunos sistemas, se encuentra prevista la intervención del tribunal sentenciador para resolver los recursos de segunda instancia frente a las decisiones de aquellos. No nos encontramos ante un supuesto de delegación de competencias ya que de ser así el órgano delegante —tribunal sentenciador— podría recuperar las competencias delegadas y esa posibilidad no se contempla.

De esta forma el juez de vigilancia asume todas las competencias desde el momento en que la sentencia deviene firme hasta que se extingue la responsabilidad penal por cumplimiento de la sentencia. En aquellos supuestos en los que la condena se prolonga tras la liberación, limitando algunos derechos del condenado con una medida de seguridad debido a su peligrosidad criminal, debe entenderse que, igualmente, es competencia del juez de vigilancia, porque forma parte de la condena pendiente de ejecutar, a pesar de que la misma se haya mutado en la dinámica de la ejecución.

Teniendo en cuenta lo anterior resulta más fácil pronunciarse sobre algunos espacios intermedios del procedimiento penal y, más concretamente, sobre la llamada liquidación de condena y sobre el beneficio de la dispensa de la pena. La primera consiste en una actividad que se realiza después de ser firme la condena. Se cuenta ya con una pena concreta —pena nominal— a la que procede restar el tiempo de las medidas cautelares, que haya podido sufrir el condenado. A resultas de esa operación nos encontramos con la pena real, que debe ejecutarse. Para un sector de la doctrina dicha operación es todavía determinación de la pena y, por tanto, corresponde asumirla al tribunal sentenciador. Sin embargo, no hay determinación de la pena cuando ya contamos con una pena concreta, lo que se explica porque la individualización de la pena es un proceso continuo que pasa por distintas fases. La liquidación ya no es determinación

de la pena, sino concreción de la pena que corresponde cumplir materialmente. La pena ha pasado de presentar una magnitud nominal a otra real.

Por lo que se refiere a la concesión de la dispensa de pena esta es competencia del tribunal sentenciador. Se trata de un beneficio que permite suspender el dictado de la pena. La sentencia es firme pero incompleta. En ella se hace mención firme de la responsabilidad penal, pero no se dicta pena, sino que queda suspendida por concesión del beneficio de la dispensa. Si transcurrido el tiempo suspensivo no hay incidencias negativas, finalmente, se extingue la responsabilidad penal. La función de determinación de la pena y su incorporación a la sentencia no ha sido concluida, de manera que si hubiera que realizarla corresponde al mismo órgano que declaró la responsabilidad penal.

4.1.3. Competencias de los jueces de vigilancia penitenciaria

I. En un intento de ordenar todas las competencias penitenciarias que debe asumir este órgano, podemos agruparlas en torno a dos ideas: garantías judiciales respecto a la ejecución de la condena y garantías judiciales frente a las instituciones penitenciarias. Aunque pueda resultar una distinción artificiosa —por más que se quiera interpretar restrictivamente, pocas cuestiones de la vida de la prisión no se refieren al régimen o al tratamiento o no afectan a los derechos de los internos— las competencias del primer grupo hacen referencia exclusiva a la dimensión temporal de la pena; en tanto que las del segundo grupo se refieren a las condiciones de ejecución. Dentro del primer grupo encontramos, entre otras, las competencias sobre la liquidación de la condena, es decir, la fijación de la magnitud real de la pena, acordar la fecha de excarcelación, sobre la concesión de los beneficios penitenciarios, que puedan suponer acortamiento de condena y la resolución de recursos frente a las decisiones de los órganos administrativos. En el segundo, se encuadran todas las competencias que tienen relación con la salvaguarda de los derechos de los internos y la corrección de los abusos y desviaciones de la Administración penitenciaria, la aprobación de las sanciones disciplinarias más graves y, en especial, aquellas que entrañan una mayor privación de libertad y la resolución de los recursos contra sanciones disciplinarias y de las quejas y peticiones.

No es fácil en la práctica mantener esta separación porque determinadas cuestiones —por ejemplo, todo lo relativo a los beneficios penitenciarios que acortan la condena— lo mismo pueden ser entendidas como un problema que afecta a la condena o a la gestión penitenciaria. Dentro de las competencias que forman parte del segundo de los dos grupos de funciones mencionadas, la jurisdicción penitenciaria hace acto de presencia en el amplio campo del procedimiento sancionador en donde el juez realiza una función cuasi administrativa aportando a un procedimiento de naturaleza administrativa las garantías de una actuación judicial. Nos encontramos también con que éste puede actuar, en primera instancia, cuando se trata de imponer sanciones o, en segunda instancia, resolviendo los recursos que presenten los interesados frente a una sanción disciplinaria distinta de la anterior.

II. Como es lógico son las competencias estrictamente penitenciarias las que ocasionan más problemas. Los responsables de los sistemas penitenciarios insisten en que una cárcel sería ingobernable si un órgano ajeno a la misma tuviera que tomar las decisiones más importantes. Pero la presencia de un órgano judicial en la prisión no es algo que pueda cuestionarse por razones de operatividad, su fundamentación constitucional no permite otras alternativas. El debate debe situarse, pues, en la forma de hacer compatible las necesidades regimentales con el control judicial. Y se puede.

Citaremos tan solo dos cuestiones de las muchas que plantean problemas competenciales. Por un lado están los traslados. La Administración considera que un traslado es un instrumento de gestión que en nada afecta a los privados de libertad, los cuales no pueden disponer sobre el establecimiento en el que quieren cumplir su condena y, en consecuencia, es competencia exclusiva de los órganos administrativos. Sin embargo, las cosas no son así porque el lugar donde se cumple no es una cuestión irrelevante, sino que puede formar parte de las estrategias de desubicación dentro del sistema con el objetivo de cercenar el ejercicio de muchos derechos —piénsese, por ej. en las visitas familiares— por otra parte, es frecuente el uso del traslado como medida disciplinaria. Ambas razones justifican sobradamente el control judicial de los mismos.

Otra competencia que debe estar sometida al control judicial es la aprobación de las normas de régimen interior. Son disposiciones que condicionan la vida en el interior del establecimiento, en muchas ocasiones tienen más virtualidad que la propia legalidad. En ellas se tratan temas como los horarios, la distribución de las visitas, los criterios de ubicación, la programación de actividades, la gestión y organización de los servicios sanitarios y otros, etc. Por esta razón el juez de vigilancia tiene que conocer que reglamento interior rige en los centros que están bajo su jurisdicción.

III. Pero hay que contar con la posibilidad de que el juez pueda intervenir en todas aquellas ocasiones que estime que se están poniendo en peligro o lesionando los derechos de los privados de libertad o, simplemente, que se vulnera la ley en aspectos trascendentales relacionados con la ejecución de la pena. Ciertamente, que establecer las competencias de un juez en términos tan amplios es una contradicción con el principio de legalidad que debe regir las competencias de estos jueces. Pero sus competencias no se limitan a garantizar derechos sino a asegurar el ejercicio efectivo de los mismos. Para alcanzar este cometido debe contar con la posibilidad de intervenir en todo aquello que considere un riesgo para esos derechos —referente a la organización y desarrollo de los servicios de vigilancia, a la ordenación de la convivencia interior en los establecimientos, a la organización y actividades de los talleres, escuela, asistencia médica y religiosa, y, en general, a las actividades regimentales, económico-administrativas y de tratamiento penitenciario—. Es evidente que evitar una deplorable higiene en la cocina del establecimiento o una situación de hacinamiento no son competencias directas de los jueces de vigilancia, pero en la medida que esas situaciones comprometen gravemente la salud de los internos, debe poder intervenir. Es probable

que la obligación de realizar visitas periódicas a los establecimientos penitenciarios, aun cuando no medie ninguna denuncia, pueda resultar, incluso, inquisitorial, pero no puede prescindirse de ellas.

4.1.3.1. Vías de acceso a la justicia

I. Si no tiene sentido concebir al juez de vigilancia como un órgano judicial convencional en cuanto a las competencias sin tener en cuenta las consideraciones precedentes sobre la prisión, igualmente es un sinsentido ofrecer un procedimiento complejo e ininteligible entre el privado de libertad y el juez, que desanime al justiciable y levante una barrera de incomunicación infranqueable entre ambos. Dicho procedimiento debe diseñarse a partir de los siguientes principios:

- Proximidad. Se ha planteado la conveniencia de que los jueces de vigilancia tengan su oficina en el establecimiento penitenciario. Con ello no se trata solo de asegurar la accesibilidad de la población penitenciaria al juez, sino también de hacer más fácil la información. Los jueces se resisten alegando que se podría producir una confusión con los órganos administrativos y un contagio de sus intereses. En la mayoría de los países los jueces de vigilancia se acercan a los establecimientos bajo su jurisdicción en contadas ocasiones y siempre con el objeto de resolver una diligencia. Todavía la expansión de nuevas tecnologías, como la videoconferencia, favorecen el distanciamiento personal de la figura del juez. Mucho menos frecuente es verles hacer las visitas que la mayoría de los textos legales les obligan a hacer. La visita es una forma imperfecta de conocimiento de la realidad, pero, al menos, debiera de hacerse con periodicidad suficiente para conocer de primera mano las condiciones generales del centro.
- Agilidad. El tiempo penitenciario es relativamente corto para la mayoría de la población encarcelada. Esta circunstancia debe tenerse en cuenta para imprimir la máxima diligencia a los procedimientos penitenciarios. La sociedad carcelaria es muy inmediata y reclama decisiones próximas a los conflictos. Si un interno recurre la no concesión de un permiso de salida poco le puede interesar que el juez resuelva unos años después dándole la razón. Por otro lado, como en la mayoría de las ocasiones, la interposición de un escrito ante el juez no suspende la ejecución de la resolución administrativa, la eficacia real de la decisión del juez es escasa. Piénsese en una sanción de aislamiento de una semana, recurrida por el sancionado, ejecutada y resuelta a su favor meses después.
- Vías de intervención directas. Ciertamente que la falta de procedimiento puede debilitar el alcance de las resoluciones de los jueces ya que le haría perder su carácter jurisdiccional. La simplificación o ausencia de formas procedimentales para facilitar la accesibilidad no debe interpretarse en el sentido de favorecer las intervenciones de plano en cuestiones que afecten a los derechos de los penados, como puede ser la aplicación de sanciones disciplinarias.
- Oralidad. Las dificultades de redactar un escrito, de entender su contenido o de presentarlo en tiempo y forma hacen recomendable que los procedimientos ante el juez de vigilancia puedan gravitar, alternativamente, sobre la tramitación oral o escrita.

II. Una de las barreras procesales entre el juez y la población penitenciaria está en la intervención de aquel solo a instancias de parte. Para abordar esta cuestión, una vez más, hay que tener en cuenta la idiosincrasia del mundo de las prisiones. A los internos no les ha ido bien con la justicia penal y confían poco en ella. Tampoco la institución penitenciaria va a favorecer la comunicación fluida entre el interno y el juez. En estas circunstancias limitar su actuación a la denuncia de una de las partes se convierte en un obstáculo procesal que le impide intervenir. Por otra parte, si el juez puede actuar de oficio hay posibilidades de control judicial de las concesiones de beneficios penitenciarios que afectan a la materialidad de la ejecución y que, en manos de la Administración, se emplean, en ocasiones, con absoluta arbitrariedad. Con respecto a ellas no es previsible que ejerza ninguna acción reivindicativa el beneficiado y no tendrían legitimación activa aquellos que quieren denunciar la arbitrariedad. Así, pues, solo la actuación de oficio del órgano judicial es eficaz. Críticamente se ha señalado que si este actúa de oficio difícilmente puede mantenerse su imparcialidad en esa tramitación, lo que le haría perder su jurisdiccionalidad.

III. La eficacia funcional del juez de vigilancia radica un una correcta combinación y distribución entre competencias y actuaciones sobre la misma. Allá donde se ponga materialmente en peligro la legalidad de la pena debe posibilitarse una intervención activa y ausente de barreras procesales. Por el contrario, aquellas cuestiones que no afecten esencialmente a la legalidad de la pena o los derechos fundamentales de los condenados permiten que el control sea menos incisivo.

4.1.3.2. El alcance de las resoluciones de los jueces de vigilancia penitenciaria

A la vista de la distinta naturaleza que tienen las decisiones de este órgano judicial la respuesta a la pregunta del alcance de las misma no puede ser univoca. El juez de vigilancia tiene, en primer lugar, atribuciones para hacer cumplir la pena impuesta, resolver los recursos referente a las modificaciones que pueda experimentar con arreglo a lo prescrito en las Leyes y, como tal, sus resoluciones son una decisiones de primera instancia que pueden ser recurridas ante un órgano superior.

Pero los jueces realizan un control de legalidad sobre las condiciones de la privación de libertad. Las normas positivas se refieren a esta competencia con cláusulas abiertas a través de las cuales se pretende vencer la resistencia inicial de la Administración penitenciaria a un efectivo control e intervención de aquéllos en la ejecución de la pena. En su función de control de legalidad los jueces de vigilancia están amparados para intervenir cuando medie una queja o petición de un interno. Esta posibilidad lejos de preocupar, es la mínima exigencia que se deriva del principio de judicialización. En el ejercicio de esta competencia se puede decir que los jueces ejercen una jurisdicción propia y, como tal, sus resoluciones tienen que estar revestidas de fuerza ejecutiva. Desde luego no se compadece con el Estado de Derecho una situación en la que una autoridad judicial específicamente creada para ejercer un control de legalidad sobre una actividad administrativa tan delicada, desde la perspectiva de los derechos fundamentales,

deba verse relegada a hacer propuestas o a esperar que los interesados recurran frente a las situaciones de ilegalidad. Se trata de subordinar a la Administración penitenciaria a instituciones que la controlen, con amplios poderes coactivos más allá de la atención a quejas o la supervisión, que puedan realizar los propios órganos administrativos.

4.1.4. La petición y la queja

Ya en 1955 las Reglas Mínimas establecieron el derecho de todo privado de libertad de interponer una queja o una petición (*"1) Todo recluso deberá tener en cada día laborable la oportunidad de presentar peticiones o quejas al director del establecimiento o al funcionario autorizado para representarle"* R. 36). Desde el momento del ingreso al privado de libertad se le tiene que informar no solo de sus derechos y deberes, sino también de las formas previstas para hacerlos valer ante la autoridad competente. La información correcta de este derecho y de la forma de ejercerlo es un presupuesto inescindible del mismo.

En el derecho comparado las vías de reclamación más comunes a disposición de los internos son la petición y la queja. Ambos derechos han ido mereciendo con el transcurso de los años cada vez mayor atención y protección, conscientes de que se tata de la forma más directa de conocer, a través de los propios afectados, las eventuales irregularidades de la ejecución. En la Sentencia del Tribunal Europeo de DDHH de 8 de abril (Labita vrs. Italia) se condena a este país por lesionar el artículo 3 del Tratado cuando las instancias penitenciarias no iniciaron una investigación sobre supuestos malos tratos a raíz de la queja más o menos formal del afectado.

Conforme a las normas internacionales para garantizar el eficaz ejercicio de estos derechos, se deben respetar las siguientes condiciones:

- Se puede ejercer ya sea de forma oral o escrita y en cualquier momento.
- Ni la queja ni la petición pueden ser objeto de censura, ni se puede restringir los contenidos de la misma. Cualquier circunstancia penitenciaria puede ser objeto de una queja.
- El ejercicio de estos derechos no puede ser sancionado, ni el interno puede sufrir ningún cambio regimental, motivado por ello.
- La petición puede ser hecha de modo individual o colectivo o puede ser presentada por una tercera persona en nombre del interno, acreditando su debida autorización para hacerlo.
- Sea cual sea su contenido la Administración penitenciaria está obligada a tramitar la petición o la queja y asegurarse que la misma va a llegar a su destinatario.
- Las personas privadas de libertad también tendrán derecho a presentar denuncias, peticiones o quejas ante las instituciones nacionales de derechos humanos; ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; y ante las demás instancias internacionales competentes, conforme a los requisitos establecidos en el derecho interno y el derecho internacional.

- Cuando una autoridad visita el establecimiento con funciones de inspección el privado de libertad puede dirigirse a ella interponiendo una petición o una queja.
- Los contenidos del escrito en el que se ejerce este derecho permanecerán reservados para las autoridades del establecimiento. Hasta llegar a su destino tanto la queja y la petición, como la respuesta a las mismas, son confidenciales.
- Salvo que se trate de una petición temeraria o una queja sin fundamento alguno, los destinatarios de una y otra están obligados a responder. La respuesta debe darse dentro de un plazo razonable.
- Cuando el destinatario de la queja o la petición se dirige a la propia Administración penitenciaria si esta no reconoce los hechos o no concede lo solicitado, en el escrito de respuesta se darán los argumentos suficientes y la información correspondiente para que el interno pueda acudir a una segunda instancia. Las Normas Penitenciarias Europeas señalan que en caso de desacuerdo la mediación debe ser considerada el procedimiento prioritario para tratar de poner de acuerdo a las partes (N. 70).

4.2. Estudio jurídico. Argentina

4.2.1. Control judicial. Función y alcance de las instancias que intervienen

Control judicial permanente

Como ya se ha sostenido en reiteradas ocasiones y de manera específica, la ejecución de la pena privativa de la libertad sigue perteneciendo al proceso penal y, como tal, le son aplicables todas y cada unas de las garantías constitucionales vigentes.

Específicamente en el área de ejecución penal, se encuentra prevista una división de funciones o de competencias entre la administración penitenciaria y la judicial. Así, es muy claro el art. 10 de la ley 24.660 que establece que la conducción y desarrollo del régimen penitenciario se encuentran dentro de la competencia administrativa.

Sin embargo, también resulta claro que en aquellos supuestos en que se tomen decisiones por parte de la administración penitenciaria que conlleven una afectación de derechos, esa decisión debe ser sometida al control judicial.

Ello se deriva de los arts. 3 y 4 de la misma ley. Allí se prevé que existe un "permanente control judicial" sobre todas las actividades que implica la ejecución de la condena (art. 3), como así también que es el juez de ejecución penal quien deberá resolver las cuestiones cuando se considere que hay algún derecho del condenado que está siendo afectado (art. 4).

A modo de ejemplo, es evidente que lo relativo al lugar de alojamiento del interno es de competencia exclusiva de la administración penitenciaria. Sin embargo, de la misma

manera es evidente que si ese lugar de alojamiento vulnera el contacto con la familia por estar a muchos kilómetros de distancia, el interno o su defensor podrán realizar el reclamo ante el juez de ejecución penal y así ejercitar el "control judicial de la ejecución de la pena".

La judicialización de la etapa de la ejecución penal es una consecuencia necesaria de la vigencia del principio de legalidad en la etapa de ejecución y, por ende, una exigencia del Estado de Derecho.

Como derivación razonada del principio de legalidad, encontramos que los actos emitidos por el juez deben ser derivados de una norma jurídica concreta, es decir, fundamentados y motivados, en virtud de su legítima aplicación al caso particular.

En el ámbito del Sistema Interamericano esta garantía se encuentra regulada por el art. XV de la DADH y por los arts. 7.5 y 7.6 de la CADH. Asimismo, esta exigencia también se encuentra contenida en los principios III, V y VI de los *"Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas".*

Este control judicial efectivo de la detención implica dos deberes fundamentales por parte del Estado: la obligación de presentar al/a la detenido/a sin demora ante una autoridad judicial competente, y el deber de permitir el acceso inmediato del/de la mismo/a un juez para que revise sin retraso la legalidad de la detención.

En este marco, tiene dicho la Corte IDH que *"la protección más importante de los derechos de un detenido es su pronta comparecencia ante una autoridad judicial encargada de supervisar la detención".*

En nuestra legislación, el principio de control jurisdiccional permanente se encuentra regulado en los arts. 3, 4, 96 y 208 de la LEP. En este sentido, la ejecución está sometida a un control judicial permanente y el juez es garante del cumplimiento de la CN, de los tratados internacionales y de los derechos del condenado (art. 3). Además, el juez está obligado a controlar si el tratamiento que reciben las personas privadas de libertad y la organización de los centros penitenciarios es conforme a ley (art. 208) y a resolver las apelaciones sobre sanciones disciplinarias emitidas por la autoridad penitenciaria (art. 96).

Ha sostenido la Corte IDH que *"…Corresponde al juzgador garantizar los derechos del detenido, autorizar la adopción de medidas cautelares o de coerción, cuando sea estrictamente necesario y procurar, en general, que se trate al inculpado de manera consecuente con la presunción de inocencia, como una garantía tendiente a evitar la arbitrariedad o ilegalidad de las detenciones, así como a garantizar el derecho a la vida y a la integridad personal".*

En este contexto, la creación del Juez de Ejecución como institución especializada, ha sido una recomendación formulada por la CIDH, en el año 1986, a sus países miembros: *"consagrar legalmente la figura del Juez de Ejecución de Penas, con amplias facultades de control del régimen que se somete a los penados, de sus posibilidades de liberación anticipada y de todo lo atinente a la función re-socializadora de la pena (…) en la difícil ecuación seguridad-re-socialización".*

Instrumentos internacionales vinculados al control judicial

DADH

- Art. XXV: *"Todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida […]".*

Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas

- Principio V: Toda persona privada de libertad tendrá derecho, en todo momento y circunstancia, a la protección de y al acceso regular a jueces y tribunales competentes, independientes e imparciales, establecidos con anterioridad por la ley.

CADH (CADH)

- El control judicial efectivo de la detención o aprehensión de una persona implica dos deberes fundamentales por parte del Estado: la obligación de presentar al detenido sin demora ante una autoridad judicial u otra autorizada para ejercer funciones judiciales (art. 7.5), y el deber de permitir el acceso inmediato del detenido a una autoridad judicial competente que revise sin demora la legalidad de la detención, es decir, el hábeas corpus o exhibición personal (art. 7.6). El hábeas corpus garantiza que el detenido no esté exclusivamente a merced de la autoridad que realiza la detención, esta protección debe ser siempre accesible. La Comisión ha establecido que el hábeas corpus es la garantía tradicional que, en calidad de acción, tutela la libertad física o corporal o de locomoción a través de un procedimiento judicial sumario, que se tramita en forma de juicio. Generalmente, el habeas corpus extiende su tutela a favor de personas que ya están privadas de libertad en condiciones ilegales o arbitrarias, justamente para hacer cesar las restricciones que han agravado su privación de libertad.
- Art. 7. *"Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un Juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales […] toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido…".*

- Art. 8, inciso 1: sobre garantías judiciales: "Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter".
- Art. 25: sobre protección judicial:
  Inciso 1. *"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".*
  Inciso 2. "*Los Estados Partes se comprometen:*
  a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
  b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
  c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso".

Pero además de las previsiones normativas de orden internacional, también los órganos jurisdiccionales de la región, han receptado el control judicial en la etapa de la ejecución de la pena privativa de la libertad. Así,

CIDH

- La CIDH ha manifestado enfáticamente que toda privación de la libertad debe producirse estrictamente en los casos o circunstancias expresamente previstas en la ley y en estricto cumplimiento de los procedimientos establecidos a tal efecto. De lo contrario, la persona detenida se encuentra, de hecho, expuesta a la arbitrariedad y al abuso de la autoridad que ejecutó la aprehensión. Por lo tanto, para que la fiscalización judicial de la detención sea efectiva, es preciso informar rápidamente al tribunal competente acerca de la detención de una persona.
- Cuando la detención no es ordenada o adecuadamente supervisada por una autoridad judicial competente, cuando el detenido no puede entender plenamente la razón de la detención o no tiene acceso a un abogado y cuando su familia no puede localizarlo con prontitud, es evidente que están en riesgo no solamente las garantías judiciales del detenido, sino también su vida e integridad física.

Corte IDH

- Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984: *"los Estados Partes asumieron, junto al deber de "respetar los derechos y libertades reconocidos"* en la Convención, el de *"garantizar su libre y pleno ejercicio" (art.1.1), lo cual debe interpretarse (…) como también el compromiso de "adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades…".*

Instrumentos nacionales que regulan el control/tutela judicial

CN

- El art. 18 de la CN establece en su última frase: *"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".* Ante una restricción de derechos, la misma deberá resolverse judicialmente.

LEP

- Arts. 3 y 4 disponen que la pena privativa de libertad será sometida al control judicial permanente. Será el Juez competente quien deberá garantizar el cumplimiento de las normas y resolverá en los casos donde se vulneren los derechos que asisten al condenado.

Estandares interamericanos

Corte IDH

Resulta necesario conocer cuáles son los límites a la discrecionalidad administrativa que la Corte IDH ha encontrado en la CADH toda vez que de otro modo podría derivarse en una falta de diligencia por parte de quien interpreta cada situación.

"CASO CHOCRÓN CHOCRÓN VS. VENEZUELA"

Control judicial sobre la actividad administrativa: Se lo vincula al art. 8.2 de la C.A.D.H. y se refiere al estándar del control judicial. En el precedente mencionado, se referencia la necesidad de fundamentación de las decisiones administrativas, como así también al derecho a recurrir en sede judicial de todas las decisiones administrativas.

En el párr. 118 de la sentencia dice: *"[...] El deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra, y otorga credibilidad a las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática. Por tanto, las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias. En este sentido, la argumentación de un fallo y de ciertos actos administrativos debe permitir conocer cuáles fueron los hechos, motivos y normas en que se basó la autoridad para tomar su decisión, a fin de descartar cualquier indicio de arbitrariedad. Asimismo, la motivación demuestra a las partes que éstas han sido oídas y, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores. Por todo ello, el deber de motivación es una de las debidas garantías incluidas en el art. 8.1 para salvaguardar el derecho a un debido proceso..."*

Luego, profundiza en los requisitos que debe tener una resolución motivada en el ámbito disciplinario, y señala que en dichos casos la obligación se ve reforzada: *"Si*

efectivamente se tratase de una sanción disciplinaria (…) la exigencia de motivación sería aún mayor, ya que el control disciplinario tiene como objeto valorar la conducta, idoneidad y desempeño del juez como funcionario público y, por ende, correspondería analizar la gravedad de la conducta y la proporcionalidad de la sanción. En el ámbito disciplinario es imprescindible la indicación precisa de aquello que constituye una falta y el desarrollo de argumentos que permitan concluir que las observaciones tienen la suficiente entidad para justificar que un juez no permanezca en el cargo".

"*CASO CLAUDE REYES Y OTROS VS. CHILE"*
"El art. 8.1 de la Convención no se aplica solamente a jueces y tribunales judiciales. *Las garantías que establece esta norma deben ser observadas en los distintos procedimientos en que los órganos estatales adoptan decisiones sobre la determinación de los derechos de las personas, ya que el Estado también otorga a autoridades administrativas, colegiadas o unipersonales, la función de adoptar decisiones que determinan derechos"* (párrafo 118 del caso).

"De esta forma, las garantías contempladas en el art. 8.1 de la Convención son también aplicables al supuesto en que alguna autoridad pública adopte decisiones que determinen tales derechos, tomando en cuenta que no le son exigibles aquellas propias de un órgano jurisdiccional, pero sí debe cumplir con aquellas garantías destinadas a asegurar que la decisión no sea arbitraria" (párrafo 119 del caso).

En el caso se hizo especial énfasis en dos arts.: *"El art. 25.1 de la Convención señala que: 1. 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 […] Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales"* (párrafo 124 del caso).

"El art. 2 establece que [s]i el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el art. 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades" (párrafo 125 del caso).

"*CASO ESCHER Y OTROS VS. BRASIL*"
Sobre la necesidad de fundamentación de las decisiones de los órganos administrativos: La Corte ha señalado que la motivación *"es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión"*. En términos generales, el deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática. Lo mismo puede afirmarse en el presente caso respecto de la decisión administrativa sobre la responsabilidad funcional de la jueza. La Corte ha señalado anteriormente

que las disposiciones del art. 8.1 se aplican a las decisiones de órganos administrativo *"debiendo éstos cumplir con aquellas garantías destinadas a asegurar que la decisión no sea arbitraria";* por ello, tales decisiones deben estar debidamente fundamentadas (párrafo 208 del caso).

4.2.2. Vías de impugnación

4.2.2.1. Petición y Queja

Principios generales

En la República Argentina, el derecho de las personas privadas de la libertad a cuestionar judicialmente cualquier tipo de medida que se disponga a su respecto, en el marco de la ejecución de la pena privativa de la libertad, tiene sustento normativo de rango constitucional. En efecto, a partir del año 1994 el denominado derecho al recurso, previsto en el art. 8.2.h de la CADH y los arts. 2.3[54] y 14.5 del PIDCyP adquirió jerarquía constitucional con su incorporación al sistema incorporado por el art. 75 inc. 22 de la CN. El derecho al recurso aparece expresado también en el art. 8 de la DUDH, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948[55] y en la DADH, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, 1948[56], ambas con jerarquía constitucional.

Acerca de las características del recurso contra las medidas que impactan en la ejecución de la pena y los presupuestos que hacen a su admisibilidad

Las medidas emanadas del SPF para las personas privadas de su libertad, por imperativo constitucional, son de por si asimétricas y determinan una relación que "debe" observar las garantías que hacen al debido proceso adjetivo, las que no se encuentran sometidas al arbitrio de las autoridades penitenciarias de turno. Estas medidas deben ser controladas por las autoridades judiciales (art. 4º ley 24.660) y comunicadas, conjuntamente con sus fundamentos, al destinatario que a su vez tiene el derecho de controvertirlas con la asistencia efectiva de su abogado defensor ante un órgano del poder judicial y la decisión que ese órgano judicial adopte podrá ser recurrida ante un tribunal superior, de modo de garantizar la doble instancia judicial.

---

54. El art. 2.3, apartado a), establece que los Estados Partes se comprometen a garantizar que: "Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales". Y en su apartado b) añade que: "La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial".

55. "Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que le ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley".

56. En el art. XVIII declara que: "Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente".

En esta dirección, el art. 8.1 de la CADH dispone que: "Toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier carácter".

Por su parte, el art. 25 del mismo texto establece que: "1. 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."

Los textos internacionales reconocen a las personas privadas de libertad su derecho de acceso a la justicia para hacer valer sus garantías y poder denunciar aquellos actos violatorios. Por tanto, los Estados asumen la obligación de garantizar la tutela judicial efectiva de tales derechos, arbitrando los recursos judiciales adecuados y eficaces para que las personas privadas de libertad puedan ejercerlos. La integralidad como principio regulador del derecho de acceso a la justicia exige que el mismo se garantice en cualquier momento o situación.

El Principio 33 del "Conjunto de Principios" reconoce a toda persona privada de libertad el derecho a presentar un recurso o petición ante un juez. Los mencionados "Principios y Buenas Prácticas", en su Principio V (Debido proceso legal), declaran que: "Toda persona privada de libertad, por sí o por medio de terceros, tendrá derecho a interponer un recurso sencillo, rápido y eficaz, ante autoridades competentes, independientes e imparciales, contra actos u omisiones que violen o amenacen violar sus derechos humanos. En particular, tendrán derecho a presentar quejas o denuncias por actos de tortura, violencia carcelaria, castigos corporales, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, así como por las condiciones de reclusión o internamiento, por la falta de atención médica o psicológica, y de alimentación adecuadas".

Así es como éste principio garantiza que la persona detenida y/o su abogado o cualquier persona que este designe tendrá derecho a presentar ante las autoridades encargadas de la administración del lugar de detención y a las autoridades superiores y, de ser necesario, a las autoridades competentes (judiciales) que tengan atribuciones fiscalizadoras o correctivas, una petición o un recurso por cualquier cuestión referida tanto al mal trato respecto de él o de los familiares, si esto se diera dentro del ámbito penitenciario, como así también está vigente el derecho a cuestionar resoluciones judiciales que considera que lo afectan.

Los derechos que confiere el párrafo 1 del presente principio podrán ser ejercidos por un familiar de la persona detenida o por otra persona que tenga conocimiento del caso, cuando ni la persona presa ni su abogado tengan posibilidades de ejercerlos.

Toda petición o recurso será examinado sin dilación y contestado sin demora injustificada. Si la petición o recurso fuere rechazado o hubiere un retraso excesivo, el recurrente tendrá derecho a presentar una petición o recurso ante un juez u otra autoridad, que cumpla la función de superintendencia. Ni las personas detenidas o presas ni los recurrentes sufrirán perjuicios por haber presentado una petición o recurso de conformidad.

El establecimiento de una jurisdicción de ejecución es una de las vías posibles de proveer a todos los detenidos, procesados o condenados de un recurso efectivo cuando se violan sus derechos fundamentales o legales (arts. 8 DUDH, 25 CADH y 2.3 PIDCP; art. 4 de la ley 24.660).

Este recurso efectivo se encuentra establecido en el art. 491 del CPPN que establece: "Los incidentes de ejecución podrán ser planteados por el ministerio fiscal, el interesado o su defensor y serán resueltos previa vista a la parte contraria, en el término de cinco (5) días. La parte querellante no tendrá intervención. Contra la resolución sólo procederá el recurso de casación, pero éste no suspenderá la ejecución a menos que así lo disponga el tribunal".

La norma prevé una ampliación del campo de impugnabilidad objetiva del recurso de casación, aun cuando no se trate de pronunciamientos equiparables a sentencia definitiva como lo establece el art. 457 del CPPN.

Para la regulación de la vía recursiva en la etapa de ejecución penal tienen gran significancia dos importantes pronunciamientos de la CSJN, a saber, los fallos "Romero Cacharane, H. A. sobre / ejecución penal" y "Casal, Matías Eugenio y otro s/ robo simple en grado de tentativa"

La naturaleza de las cuestiones que se discuten en la etapa de ejecución de la pena permite advertir la conveniencia de contar con un recurso amplio eficaz, que permita atacar integralmente las decisiones allí adoptadas. En ese sentido, el fallo "Casal" habilita a una revisión amplia de la sentencia por parte de los jueces de Casación.

La Corte IDH declaró en el caso "Herrera Ulloa v. Costa Rica" que *"Independientemente de la denominación que se le dé al recurso existente para recurrir un fallo, lo importante es que dicho recurso garantice un examen integral de la decisión recurrida"* (párrafo 165).

A partir del fallo "Romero Cacharane, H. A. s/ ejecución penal", Rto. 9/3/03, la Corte Suprema estableció que el recurso de casación es un instrumento operativo de la garantía prevista en el inc. h del punto 2 del art. 8 de la CADH. En efecto, la Comisión Interamericana ha señalado que un aspecto esencial derivado del debido proceso es el derecho a que un tribunal superior examine o reexamine la legalidad de toda sentencia jurisdiccional que resulte en un gravamen irreparable a una persona, o cuando ese gravamen afecte los derechos y libertades fundamentales.

También debe mencionarse que se puede interponer recurso de apelación en sede judicial, por ejemplo, contra los dictámenes del Consejo Correccional Penitenciatio respecto a la progresividad del régimen aplicado al interno; o bien contra las sanciones administrativas derivadas del régimen disciplinario. En ambos casos el recurso se presenta ante el juez de ejecución penal y contra lo decidido por la magistratura, es procedente el recurso de casación ya aludido.

Asimismo, aunque poco usado, tiene vigencia también el recurso de rectificatoria, previsto por el art. 126 CPPN, utilizado para modificar cualquier error respecto de la resolución dictada por el juzgado de ejecución o competente.

La revisión de las decisiones de los jueces a cargo de la ejecución de la pena

Desde el precedente "Romero Cacharane" no existen hoy en día mayores controversias en cuanto a que la Cámara Federal de Casación Penal constituye una jurisdicción de revisión de las decisiones de los jueces de ejecución de la capital y del interior del país con la única excepción mencionada.

La Ley 26.371 introdujo el art. 72 bis. a la Ley 24.121 con el siguiente texto "Las funciones de juez de ejecución que establece el CPPN serán desempeñadas en los tribunales orales en lo criminal federal con asiento en la Capital Federal y lo penal económico por un juez del Tribunal Oral respectivo, conforme lo determine el órgano judicial competente. Tales funciones serán ejercidas por los jueces nacionales en lo criminal y correccional federal, con asiento en la Capital Federal, en lo penal económico y en lo penal tributario respecto de las sentencias definitivas o autos que concluyan o suspendan a prueba el trámite de procesos que ellos dictaren. En ambos casos las decisiones adoptadas por los referidos órganos judiciales serán recurribles, por la vía que establece el CPPN, ante la Cámara Federal de Casación Penal".

En más de una oportunidad la Corte ha enfatizado el criterio amplio e irrestricto que hace a la admisibilidad de los recursos de las personas que se encuentran privadas de su libertad, con prescindencia de los reparos formales que pudieran merecer (Fallos: 308:1386; 310:592 y 1934; 311:2502; 314:1909). Aun en presentaciones recursivas que evidenciaban defectos tales como ausencia de tempestividad o informalidad, el más alto tribunal nacional sostuvo que es de equidad y justicia, apartarse del rigor del derecho para reparar los efectos de la ignorancia de las leyes por parte de las personas privadas de la libertad o del descuido de sus defensores (Fallos: 5:549).

También el más Alto Tribunal nacional ha puesto de manifiesto la necesidad de atender la observancia del principio de defensa efectiva en el análisis de admisibilidad de las presentaciones de personas en situación de detención. Por lo demás, la jurisprudencia de la Corte también ha reconocido el derecho del imputado a ser notificado

personalmente, y no tan sólo a su abogado defensor, respecto de las decisiones recurribles[57]. Esta doctrina ha encontrado recepción en la jurisprudencia de los tribunales inferiores.

Por otra parte, se debe poner énfasis en que la defensa deberá dar seguimiento a la tramitación de las peticiones y solicitudes y quejas que hayan presentado las personas privadas de libertad en su nombre. Es decir, que deberán fundar técnicamente las presentaciones denominadas "in pauperis". En este sentido, se requiere de una defensa proactiva, lo cual implica que luego de la presentación del escrito, se deben realizar todas las gestiones tendientes a que se dé respuesta a dicha presentación. Incluso, también debe velar para que aquellas órdenes dadas por el juez, sean cumplidas en tiempo y forma por parte de la administración penitenciaria.

Jurisprudencia Nacional

"Kanashiro, Rosa" (K. 4. XLIII del 12/2/2008) – CSJN – Doble Conforme

"Del mismo modo, la reedición de alegaciones hechas en el juicio no puede obstar el andamiento del recurso cuando, precisamente, la parte pretende que otro tribunal revea las cuestiones decididas porque fueron adversas a sus postulaciones. Es más, si éstas fueran inéditas, se las calificaría de tardía", ello tras compartir el dictamen del Procurador Fiscal, hizo lugar al recurso y descalificó el fallo apelado por haber resultado lesivo del derecho al doble conforme.

"Dubrá, David Daniel y otro s/ causa n° 348" – Fallos, 327:3802 – CSJN – Doble Conforme

"3°) Que al respecto, resulta irrelevante que el rechazo del recurso extraordinario hubiese sido notificado a la defensa con anterioridad, toda vez que para el cómputo del plazo para la interposición de la queja debe tenerse en cuenta la notificación personal al imputado. Lo contrario implicaría admitir que una decisión condenatoria quedara firme con la sola conformidad del defensor, temperamento que en modo alguno condeciría con la preferente tutela que debe merecer la garantía de defensa en juicio (conf. argo Fallos: 311:2502 y 323:1440, disidencia del juez Fayt)"

Ordoñez – CFCP – Sala II causa nro. 19884. Sanción disciplinaria. Control de la defensa. Impugnación. Derecho al recurso. Defensa en juicio

Corresponde anular la resolución denegatoria del recurso de apelación contra la calificación impuesta que —al tomar en cuenta constancias recibidas con posterioridad al traslado a la defensa— impidió a dicha parte acceder a los informes del Complejo Penitenciario

57. En esta dirección, en Fallos, 320:857 se afirma: «Que.. de las constancias sumariales reseñadas resulta con certeza que Scilingo no fue notificado fehaciente y oportunamente del fallo del que se agravia, conclusión que importa un desconocimiento de la jurisprudencia de este Tribunal, según la cual el plazo para deducir recurso extraordinario debe computarse, en los casos de sentencia condenatoria en causa criminal, a partir de la notificación personal al procesado exigida por el art. 42 del Reglamento para la Justicia Nacional, con el fin de que tal clase de sentencias no quede firme por la sola conformidad del defensor (Fallos: 255:91; 291:572; 302:1276: 304:1179, 305:122, considerando 2°, entre muchas otras). Y ello es así porque la facultad de impugnación es propia del encausado, en cuyo beneficio ha sido establecida, de modo tal que la inactividad de su defensor no puede perjudicar su derecho a recurrir de las sentencias condenatorias por expiración del plazo legal (Fallos:305:883, considerando 2°)...» (Considerando 3°).

relativos a las sanciones y calificaciones del interno, pues ello ocasiona al impugnante un grave daño en el cumplimiento de las modalidades de ejecución de la pena y la posibilidad del acceso a la progresividad del régimen penitenciario, que la descalifica como acto jurisdiccional válido.

4.2.2.2. Recursos judiciales

Recurso de Casación

El CPPN, en su art. 491, fija con claridad la procedencia del recurso de casación respecto de las decisiones de los magistrados de ejecución penal, en respeto de las garantías y las normas antes citadas. Resaltando la doble instancia judicial y estableciendo la única vía para el resguardo de los derechos de los sometidos a pena privativa de libertad. Será viable también el recurso extraordinario federal —si es que está en juego una garantía constitucional—, y también es viable la interposición del recurso de queja.

Recurso de Reconsideración

Es un recurso que procede más ante una resolución administrativa penitenciaria, ello es así ya que resulta del art. 55 del Decreto 396/99, el que establece la posibilidad de interponer "Recurso de Reconsideración" ante el Consejo Correccional, dentro de los 3 días hábiles de notificado. En efecto, el art. 55 del Reglamento para las Modalidades Básicas de la Ejecución (decreto 396/99) es suficientemente claro en cuanto a que el interno puede interponer recurso de reconsideración por escrito ante el Consejo Correccional del establecimiento dentro del término de tres días hábiles desde su notificación; "ello sin perjuicio del recurso que le cabe ante el Juez de Ejecución". Sin embargo, como ya se dijo, teniendo en cuenta razones puramente estratégicas, se suele recomendar la presentación directa del recurso de apelación ante el juez de ejecución penal, obviando así la presentación del recurso de reconsideración ante la autoridad administrativa. Ello así porque la realidad nos ha demostrado que es altamente probable que la autoridad penitenciaria confirme su propia decisión recurrida y, como se sabe, el tiempo transcurrido en la ejecución penal es altamente costoso, por lo tanto, lo más efectivo es la presentación directa de la apelación por ante el juez.

Recurso de Apelación de Sanciones Disciplinarias

El recurso de apelación ante sanciones impuestas al interno, por parte del SPF, puede ser interpuesto por él dentro de los cinco días hábiles de aplicada la sanción—art. 96 de la LEP y art. 47 del decreto 18/97[58]—. El recurso deberán remitirse

58. Art. 97— Las sanciones y los recursos que eventualmente interpongan los sancionados, deberán ser notificados al juez de ejecución o juez competente por la vía más rápida disponible dentro de las seis horas subsiguientes a su dictado o interposición de la ley 24.660, y Art. 46.- En el acto de notificación al interno el funcionario designado deberá informarlo de los fundamentos y alcances de la medida, exhortarlo a reflexionar sobre su comportamiento e indicarle, bajo constancia, que en ese mismo acto o dentro de cinco días hábiles, podrá interponer recurso ante el Juez competente, teniendo el recurrente, en su caso, la posibilidad de reiterar las pruebas cuya producción le hubiese sido denegada. del decreto 18/97.

al juez competente dentro de las seis horas[59], al igual que la mera notificación de la sanción, aunque no se haya interpuesto recurso por parte del interno —arts. 97 de la ley 24660 y art. 45, inciso f) de decreto 18/97[60]—, además, se correrá traslado a la defensa a fin de sustente técnicamente la voluntad recursiva del interno.

Una sanción puede ser apelada por parte del defensor, aún en aquellos casos en que se haya vencido el plazo de apelación. Así, los Juzgados Nacionales de Ejecución Penal han receptado el criterio amplio de admisibilidad que sostuvo la Corte en el fallo "Romero Cacharane" al decir, entre otras muchas cuestiones, que cuando se trata del ejercicio de defensa por parte de una persona privada de libertad, el rigorismo formal debe ceder.

El art. 96 in fine de la LEP dispone que "si el juez de ejecución o juez competente no se expidiese dentro de los sesenta días, la sanción quedará firme". Tal disposición lejos ha estado de ser la más justa. Si bien los actos de la administración gozan de la presunción de legitimidad, no estamos ante un acto administrativo propiamente dicho, sino ante un proceso con características particulares. Además, no se puede perjudicar la situación del interno por una acción u omisión que no sea atribuible a él. En este caso, se trata de la confirmación de una sanción por el hecho de que el juez no ha resuelto antes de los 60 días.

La regla general, en materia de apelaciones, resulta ser el efecto no suspensivo de la interposición del recurso, ya que se ejecuta a menos que, tal como lo indica el mismo art. 96 aludido, el juez interviniente disponga la suspensión del mismo hasta tanto sea resuelta.

Resulta imprescindible que los tribunales produzcan soluciones concretas y fallos justos ante las reclamaciones de los interesados. Esta exigencia jamás podría ser satisfecha con una previsión (como la del art. 96 de la LEP o la del art. 24, Anexo I), en la cual el silencio del juez es presumido por el legislador o por el poder administrador, a través del ejercicio de su potestad reglamentaria como una respuesta confirmatoria del ejercicio de la potestad disciplinaria penitenciaria" (cfr. José Daniel Cesano, "Derecho penitenciario: aproximación a sus fundamentos", Alveroni Ediciones, Córdoba, 2007, ps. 231/232.).

59. Art. 47 - El recurso interpuesto deberá ser remitido al Juez competente por el Director por la vía más rápida disponible dentro de las seis horas subsiguientes a su interposición.
60. Art. 45 La resolución que dicte el Director deberá contener: … f) Orden de remitir al Juez competente dentro de las seis horas subsiguientes a su dictado y por la vía más rápida disponible copia autenticada del decisorio.

Jurisprudencia Nacional

"Sánchez" – CFCP – Sala I – reg. 23.804 Causa 347 – 25/6/2014. Sanciones disciplinarias. Comunicación art. 97 LEP

Corresponde declarar la nulidad de la sanción impuesta si la administración penitenciaria no notificó al a quo en tiempo y forma de la medida conforme lo establece el art. 97 LEP, pues más allá de que los derechos y garantías de los reclusos se encuentren debidamente protegidos con una intervención más o menos pronta de sus defensores en la etapa de ejecución de la pena, es imperativo que se cumpla con la primigenia puesta en conocimiento de lo actuado al juez competente dentro de los límites establecidos por la ley. El voto concurrente agregó que, no advirtiéndose que la encartada haya sido asistida por un letrado defensor desde el inicio del trámite de la sanción impuesta, ello evidencia que se encontró impedida de ejercer correctamente su derecho de defensa en juicio. (Dres. Gemignani, Cabral y Figueroa —voto concurrente—).

Recurso contra el cómputo de pena

Según el art. 493 del CPPN, el tribunal de juicio hará practicar por secretaría el cómputo de la pena, fijando la fecha de vencimiento de la misma como así también la fecha de acceso a los diferentes institutos de soltura anticipada. Dicho cómputo será notificado al interno, a su defensor técnico y al ministerio fiscal, quienes podrán observarlo dentro de los tres (3) días.

Si se dedujere oposición, el incidente se tramitará ante el tribunal de juicio y se procederá conforme a lo dispuesto en el art. 491. En caso contrario, el cómputo se aprobará y la sentencia será comunicada inmediatamente al tribunal de ejecución penal.

En este sentido, el control que debe efectuarse sobre la forma en que se computan los tiempos de detención reside en la posibilidad de que, ante un error judicial, la persona condenada vea agravada su situación procesal.

Aquella facultad es otorgada no sólo a la defensa sino también al representante del Ministerio Público Fiscal, quien puede tener interés en que el condenado cumpla en prisión los tiempos que, conforme su criterio, resulten acordes con la situación procesal que haya atravesado. Ahora bien, el alcance de esa revisión no puede operar en contra del imputado, pues de lo contrario se autorizaría a modificar cualquier decisión de oficio, excediendo el plazo establecido para subsanar los errores materiales, sin respaldo legal alguno (analogía in malam parte, art. 2 del CPPN); situación que no acontece cuando es a favor del imputado.

Sin embargo, distinta es la situación cuando la objeción al cómputo se efectúa al ser confeccionado por el Tribunal que impone una condena. En dicho supuesto, la norma procesal faculta a las partes para que lo observen dentro de los tres días de notificadas

(art. 493 del CPPN), oportunidad en que queda incluido el planteamiento sobre los errores formales o de fondo que se hubieran cometido.

Jurisprudencia Nacional

"ADDUCA, Nelson Reinaldo s/ recurso de casación" Causa, Nro. 13499 – SALA IV

La observación del cómputo de dirige, "En otras palabras, corresponde considerar todo el período de encierro motivado en las causas integradas, como si fuese una sola prisión preventiva de una misma causa, pues la sentencia anterior que imprimió su calidad de condenado pierde su entidad autónoma, al quedar posteriormente comprendida en el fallo unificador. Respecto de ese plazo considerado en forma integral, habrá de valer la legislación más benigna en juego."

Registro n° 2698.4. Laluz Fernández, Richard William s/ competencia. 12/07/00 Causa n°: 2117. Cámara Nacional de Casación Penal, Sala: IV

En principio, debe tenerse presente que el art. 490 del Código Procesal Penal de la Nación establece que el juez de ejecución tendrá competencia para resolver todas las cuestiones o incidentes que se susciten durante la ejecución y, por otra parte, el art. 493 del mismo Cuerpo legal determina que el tribunal de juicio hará practicar por secretaría el cómputo de la pena y, en caso de que a su respecto no se dedujere oposición por las partes, se aprobará y la sentencia será comunicada inmediatamente al tribunal de ejecución penal, correspondiéndole a éste resolver todos los incidentes que se susciten en dicho período. Por ello, atento que el legajo del condenado se encuentra ya radicado ante el Juzgado de Ejecución, corresponde decidir en el caso que éste resulta el competente para realizar el nuevo cómputo de pena."

4.2.3. Habeas corpus correctivo

Según Marcos Salt[61], este instituto es una subespecie del hábeas corpus[62] destinada especialmente a subsanar, con la intervención de la autoridad judicial, el agravamiento ilegítimo de las condiciones de cumplimiento de una privación de libertad. En el supuesto del hábeas corpus correctivo no se trata de evitar una privación o turbación de la libertad ilegítima en su origen sino, antes bien, de solucionar situaciones de agravamiento ilegítimo de las "condiciones de cumplimiento de la medida de encierro carcelario" que en su origen es legítima. De esta manera, reconoce que, aún cuando la privación de libertad sea legítima (fundamentada en una orden escrita de autoridad

61. Op- cit., Pág. 279.

62. El Hábeas Corpus es el mecanismo jurídico previsto en nuestro sistema normativo para proteger judicialmente a los ciudadanos de los ataques ilegítimos contra la libertad corporal y ambulatoria. Señala Clariá Olmedo: "El habeas corpus, en su especialidad, es la garantía del derecho a la libertad, y se desenvuelve a través de un proceso constitucional por la materia sobre la cual versa, cuya realización se pone en manos del Poder Judicial, para munirlo de lo que por antonomasia constituye la jurisdiccionalidad". Cf. Jorge A. Clariá Olmedo, *Tratado de derecho procesal penal,* vol VII, p. 243. Sobre los distintos supuestos en los que procede el hábeas corpus, cf. Néstor Pedro Sagues, *Derecho Procesal Constitucional. Hábeas corpus.*

competente), puede perder la legitimidad si la ejecución del encierro se cumple en condiciones más gravosas que las previstas normativamente.

Normativa

Si bien hasta el año 1994, el hábeas corpus no se encontraba explícitamente en el texto de la Constitución, siempre se lo consideró una garantía con jerarquía constitucional, que surgía en forma implícita del artículo 18, que dispone que: *"Nadie puede ser(…) arrestado sino en virtud de una orden escrita de autoridad competente(…)".* Como así también, se encontraba consagrado en el artículo 33 como derecho implícito. Desde 1984, se encuentra regulado en la ley 23.098, que regula la acción de hábeas corpus desde los supuestos por los que puede interponerse hasta el procedimiento. Luego de la reforma de la Constitución Nacional en el 1994, se incorpora el Art. 43[63], en el cual se hace expresa mención de la acción de hábeas corpus.

En el ámbito internacional, se encuentra regulado en distintos Instrumentos Internacionales, a saber: Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica. 1969), en los Arts. 7 inc. 5 y 25.; Declaración Universal de Derechos Humanos (ONU, 1948), en el Art. 8 y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), en el Art. 9 inc. 4, que gozan de jerarquía constitucional en virtud del artículo 75 inciso 22 de la Constitución.

Supuestos en los que procede

En el Art. 3, inc. 2, de la Ley 23.098, se establece cuando procede el hábeas corpus correctivo. Allí se utiliza la cláusula *"agravación ilegitima de las condiciones de detención",* la cual deja librado a la interpretación judicial cuando se dan esas condiciones. Al respecto, Salt[64] señala que esta vía procesal, fue utilizada para revisar múltiples aspectos de la vida carcelaria, todo hecho que agrave las condiciones de detención, puede ser materia de un incidente ante el juez de ejecución, ya que una de sus funciones, es la protección de los derechos de las personas privadas de libertad, por ejemplo:

a) Malas condiciones generales de cumplimiento de las medidas de encierro[65].
b) Libertad sexual de las personas privadas de libertad[66].

63. *"...Cuando el derecho lesionado, restringido o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio."*
64. Idem, nota al pie 1, Pág. 283.
65. A modo de ejemplo, Cf. la resolución de la sala de hábeas corpus de la Cámara Nacional Criminal y Correccional de la Capital Federal de fecha 20 de octubre de 1991 en la causa denominada "Dominguez Omar".
66. Se trata de casos de hábeas corpus correctivo interpuestos antes del reconocimiento expreso, de la legislación de la posibilidad de los internos de mantener relaciones sexuales. La jurisprudencia, en general rechazó este tipo de planteos (cf. el comentarios a fallos de Nestor Sagues, *La libertad sexual de los detenidos y el hábeas corpus correctivo,* pág. 223). En un sentido contrario, la resolución del Dr. Luis Niño, Causa "Juan Carlos Pérez", fallo publicado en la revista La Ley, 1987-C-, p. 228 aunque la resolución fue posteriormente revocada por la Cámara de Apelaciones.

c) Traslados[67].
d) Arbitrariedad en la aplicación de sanciones disciplinarias[68].
e) Derecho a la intimidad de la correspondencia[69].
f) Requisa a los visitantes a centros carcelarios.
g) Trato discriminatorio a presos que padecen HIV[70].

Trámite Procesal

La Ley 23.098 prevé un trámite sencillo y con escasas formalidades, ya que, con esta acción, lo que se busca es un fácil acceso a la justicia y la posibilidad de obtener una resolución judicial rápida sobre la cuestión planteada.

La denuncia que le da origen, puede ser realizada por cualquier persona, en cualquier momento del día, ya sea por escrito u oralmente. Una vez admitida el juez dicta el "auto de hábeas corpus" ordenando que le sea presentada la persona y que se le informe sobre las circunstancias de la privación de la libertad y del hecho denunciado. Este auto, significa también, la citación a la autoridad requerida a una audiencia oral en la que se debatirá sobre las circunstancias del hecho denunciado. Con respecto al contenido de la resolución, Salt[71] sostiene que se trata de un mecanismo constitucional para hacer efectivas las garantías individuales previstas en el Art. 18 CN, y que las autoridades deben corregir las situaciones que no cumplen con los requisitos exigidos constitucionalmente, por lo que entiende que el juez debe ordenar la libertad del interno cuando no existe otra solución posible a las circunstancias del caso.

La Sala II de la Cámara de Morón[72], resolvió hacer lugar a un Hábeas Corpus correctivo, frente al pedido de unos menores que habían denunciado un agravamiento en las condiciones de detención, ya que se encontraban alojados en una comisaría de la Pcia. de Buenos Aires junto a mayores. Y al no poder ser ubicados en un centro de detención para menores, les concedió la libertad: *"Corresponde dejar en libertad, bajo guarda efectiva de sus padres y sin perjuicio del control que debe ejercer el juez interviniente y la prosecución de la causa, a los menores que debiendo ser trasladados a un instituto de minoridad, no fueron aceptados en el mismo por carecer de capacidad y comodidades adecuadas."*

67. Cf. la resolución de la sala de Hábeas Corpus de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal dictada el 20 de octubre de 1989 en la causa denominada "D M A", texto del fallo publicado en El Derecho, t. 135, pág. 749.
68. Cf. El Derecho, t.126, pág. 553.
69. Resolución de la CSJN en el caso Dessy Gustavo s/habeas corpus antes citado.
70. Cf. la resolución dictada el 22 de noviembre de 1987 por la Sala de Hábeas Corpus de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal en la causa denominada "Doctoras O y M". El texto del fallo está publicado en El Derecho, t. 127, pág. 267.
71. Idem, nota al pie 1, Pág. 287.
72. L, R, D y otros s/ Hábeas Corpus. Sala II de la Cámara de Morón. 18/05/1988.

4.3. Estudio jurídico. Chile

4.3.1. El control judicial de la ejecución de la pena privativa de libertad

En el sistema universal y regional de protección de los derechos humanos, se contempla el derecho de toda persona a un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales.

La Corte IDH ha señalado que la protección judicial consagrada en el artículo 25 CADH impone a los Estados miembros:

1. La obligación de ofrecer, a todas las personas sometidas a su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales.
2. Que el recurso sea rápido, sencillo y eficaz implica que éste sea adecuado y efectivo. Adecuado significa que la función del recurso, dentro del sistema del derecho interno, sea idónea para proteger la situación jurídica infringida. El recurso debe ser, además, eficaz, es decir, capaz de producir el resultado para el que ha sido concebido. Un recurso ineficaz genera una situación de denegación al acceso a la justicia (Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez, sentencia de 29 de julio de 1988; Corte IDH, Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador, excepción preliminar y fondo, sentencia de 6 de mayo de 2008).
3. La garantía de protección judicial se aplica no solo respecto de los derechos contenidos en la CADH, sino que también de aquellos que estén reconocidos por la Constitución o por la ley.
4. La inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica; porque el Poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión; o, por cualquier causa, no se permite al presunto lesionado el acceso al recurso judicial (Corte IDH, Opinión Consultiva sobre Garantías Judiciales en Estado de Emergencia, OC-9/87 de 6 de octubre de 1987).
5. El derecho a un recurso efectivo incorpora el principio de la efectividad de los instrumentos o medios procesales destinados a garantizar los derechos (Corte IDH, Caso Las Palmeras, sentencia de 6 diciembre de 2001).

6. Los recursos judiciales efectivos suministrados por los Estados a las víctimas de violación de derechos humanos deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (Corte IDH, Caso Godínez Cruz, excepciones preliminares, sentencia de 26 de junio de 1987).
7. El principio de tutela judicial efectiva requiere que los procedimientos de ejecución sean accesibles para las partes, sin obstáculos o demoras indebidas, a fin de que alcancen su objetivo de manera rápida, sencilla e integral. Adicionalmente, las disposiciones que rigen la independencia del orden jurisdiccional deben estar formuladas de manera idónea para asegurar la puntual ejecución de las sentencias sin que exista interferencia por los otros poderes del Estado y garantizar el carácter vinculante y obligatorio de las decisiones de última instancia (Corte IDH, Caso Mejía Idrovo Vs. Ecuador, sentencia de 5 julio de 2011).

Si bien los instrumentos internacionales de Derechos Humanos consagran el derecho al recurso, como una salvaguarda de la persona frente al ejercicio arbitrario del poder público, en materia de control judicial de la ejecución de una pena privativa de libertad, son los Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas, el instrumento que de manera directa se refiere a la autoridad que debe ejercer el control; al objeto material del mismo y a la etapa de ejecución de penas.

Principio VI: el control de legalidad de los actos de la administración pública que afecten o pudieren afectar derechos, garantías o beneficios reconocidos en favor de las personas privadas de libertad, así como el control judicial de las condiciones de privación de libertad y la supervisión de la ejecución o cumplimiento de las penas, deberá ser periódico y estar a *cargo de jueces y tribunales competentes, independientes e imparciales.*

Los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos deberán garantizar los medios necesarios para el establecimiento y la eficacia de las instancias judiciales de control y de ejecución de las penas, y dispondrán de los recursos necesarios para su adecuado funcionamiento.

Para la Comisión IDH, el control durante la etapa de ejecución de una pena privativa de libertad debe estar a cargo de autoridades judiciales y deberá referirse a tres cuestiones: legalidad de los actos que emanan de la autoridad penitenciaria; condiciones de privación de la libertad y supervisión del cumplimiento de las penas.

La autoridad judicial, a su vez, deberá ser competente, independiente e imparcial y efectuar el control periódicamente.

Al respecto, no existe ninguna norma en el Reglamento Penitenciario que establezca el control judicial permanente de la ejecución de la pena.

Sin perjuicio de ello, el control judicial de cualquier acto de la administración del Estado tiene un fundamento constitucional (artículo 38º inciso 2º) y legal (artículo 15 Ley Nº 19.880 de Bases de los Procedimientos Administrativos), plenamente aplicables al ámbito de la ejecución de las penas.

4.3.2. Juez de ejecución de penas

Nuestro sistema penitenciario contempla, por una parte, una autoridad directa de aplicación de las normas que regulan la ejecución de las penas, constituida por la administración penitenciaria y comisiones específicas y, por otro lado, una autoridad judicial de control. De esta manera, se cumple con la primera de las exigencias internacionales en cuanto se entrega a los jueces el control sobre la ejecución de la pena. El artículo 76 de la Constitución Política establece claramente que la facultad de hacer ejecutar lo juzgado pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por ley. El mandato constitucional se concretiza, por su parte, mediante la disposición contenida en el artículo 14 letra f) del Código Orgánico de Tribunales que radica la competencia absoluta en materia de ejecución de sentencias criminales y medidas de seguridad en los Jueces de Garantía.

Sin perjuicio de ser la autoridad judicial la llamada a controlar la ejecución de las penas, se presentan problemas de índole normativo que afectan la efectiva y real protección de los derechos de las personas privadas de libertad y que dicen relación con tres cuestiones: competencia relativa; especialización y exclusividad de la función judicial.

i. Competencia relativa. Cuál será el Juez de garantía en concreto, competente para ejercer el control judicial sobre el cumplimiento de una condena, lo señala el artículo 113 inciso 2º del Código Orgánico de Tribunales, norma que establece una excepción a la regla general sobre competencia en materia de ejecución de resoluciones. La regla general otorga competencia para la ejecución al mismo tribunal que dictó la resolución a ejecutar. Sin embargo, en materia de ejecución de condenas criminales y medidas de seguridad, lo será el Juez de Garantía que intervino en el respectivo procedimiento penal. Dada la movilidad de las personas condenadas privadas de libertad y la facultad que al respecto detenta Gendarmería de Chile, suele suceder que la persona se encuentra cumpliendo condena en un establecimiento penal alejado del lugar de asiento del Juzgado de Garantía. Ello incide directamente en el ejercicio efectivo del derecho a defensa del condenado, en el conocimiento del Juez de garantía de la realidad penitenciaria del condenado cuyos derechos debe proteger, genera respuestas judiciales disímiles respecto de problemas carcelarios comunes a varias personas privadas de libertad en cuyos procedimientos penales hayan actuado distintos Juzgados de Garantía, exige traslados de las personas privadas de libertad en caso de audiencias, con el consiguiente gasto para la autoridad penitenciaria y alteraciones en la vida del condenado (viajes largos,

interrupción de visitas y de actividades laborales, educativas o de otra índole que el condenado esté realizando, etc.). En suma, genera afectaciones de derechos que no se producirían en caso de radicarse la competencia relativa en el Juez de Garantía del lugar de reclusión.

Sin perjuicio del artículo 113 inciso 2º del Código Orgánico de Tribunales, existen normas procesales y penitenciarias que alteran esta competencia en materia de amparo ante el Juez de Garantía (artículo 95 del Código Procesal Penal que permite interponer el amparo ante el juez de garantía del lugar de reclusión); unificación de penas (artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales que establece que la unificación de penas debe realizarla el juez que dicte el último de los fallos) y castigos (artículos 80 del Código Penal y 87 del Reglamento de establecimientos penitenciarios que establecen que en caso de reiteración de sanciones disciplinarias y antes de su aplicación, deberá informarse al juez del lugar de reclusión para efectos de que aquél la autorice por resolución fundada resguardando así la seguridad e integridad del interno).

ii. Juez no especializado. El Juez de garantía es un juez con competencia criminal cuyas funciones se concentran principalmente en asegurar los derechos del imputado y demás intervinientes durante el proceso penal, dictar sentencia en procedimientos abreviados, cuando corresponda y conocer y fallar determinadas faltas (artículo 14 letras a), d) y e) del Código Orgánico de Tribunales), de suerte tal que se trata de un juez especializado en materias penales y procesales, pero no penitenciarias. Esto se debe, además de su práctica diaria, a que no forma parte de la formación regular de abogados y jueces, el conocimiento del derecho penitenciario. Esta falta de especialización incide en el resultado del control judicial, inhibiéndose incluso en algunos casos de conocer y resolver incidentes de ejecución.

iii. Competencia no exclusiva. Como señaláramos, el Juez de Garantía aboca la mayor parte de sus actividades a materias propias del procedimiento penal, sin que exista ningún mecanismo que le permita abordar de manera exclusiva la multiplicidad de casos que se presentan en materia penitenciaria. Ello, junto a la falta de especialización, necesariamente impactará en la calidad del control judicial. La realidad de los establecimientos penitenciarios de nuestro país, con altas tasas de hacinamiento, malas condiciones básicas de vida, importantes niveles de violencia que se manifiestan en muertes y lesiones frecuentes entre la población penal, exigen un juez con dedicación exclusiva.

4.3.2.1. Competencia del juez responsable de la ejecución

La competencia material del Juez de garantía la encontramos en el artículo 14 letra f) del Código Orgánico de Tribunales. Ella consiste en 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.

a) Hacer ejecutar lo juzgado. Esta facultad no sólo comprende la dictación de todas aquellas resoluciones necesarias para el efectivo cumplimiento del fallo condenatorio, sino

que comprende también la supervigilancia sobre la manera de cumplirse la pena, es decir, controlar que tanto el tipo como la duración de la ejecución correspondan a las establecidas en la sentencia.

b) Resolución de solicitudes y reclamos. El artículo 466 inciso 2º del Código Procesal Penal establece que el condenado podrá ejercer, durante la ejecución de la pena, todos los derechos y facultades que la normativa penal y penitenciaria le otorgare. Entre estos derechos se encuentra el consagrado en el artículo 9 inciso 1º del Reglamento de establecimientos penitenciarios que dispone que los internos, en defensa de sus derechos e intereses, podrán dirigirse a las autoridades competentes y formular las reclamaciones y peticiones pertinentes (Salinero; 2008: 91).

Por su parte, el mensaje del Código Procesal Penal viene a clarificar las facultades del Juez de Garantía frente a las solicitudes y reclamos de las personas privadas de libertad al señalar: "la innovación más importante se refiere al establecimiento del control judicial de las ejecución de las penas y medidas. Se otorga competencia al tribunal que dictó la sentencia para ejercer este control y para conocer de todas las solicitudes o reclamaciones que los afectados formulen con fundamento en normas de carácter penal o penitenciario. Esta última norma viene a despejar cualquier duda existente sobre las facultades de los jueces para controlar la ejecución penal, abriendo amplias posibilidades de desarrollo para una actividad jurisprudencial destinada a fijar parámetros mínimos a las condiciones de vida intramuros así como para controlar los aspectos más importantes de las decisiones que en el ámbito penitenciario se adoptan comúnmente."

Normativamente, al menos, se cumple con el objeto del control judicial según la Comisión IDH, en tanto el Juez de garantía deberá controlar la legalidad de los actos de la administración penitenciaria así como las condiciones de privación de libertad.

Control de legalidad. El control judicial de legalidad de los actos de la administración se conoce como contencioso administrativo. En el caso de los actos de la administración penitenciaria se trata de un contencioso administrativo especial que, en Chile, sin embargo, no están sujetos a una regulación homogénea, de forma que el juez competente y el procedimiento a seguir son totalmente disímiles (Cordero; 2010: 88). La finalidad del procedimiento contencioso administrativo es determinar la conformidad del acto administrativo con el ordenamiento jurídico, contrastando el acto con el bloque de legalidad al cual la autoridad investida con la potestad debe ajustar su actuar y declarar su conformidad o nulidad.

Control de la discrecionalidad. Durante largo tiempo se sostuvo que el ejercicio de las potestades discrecionales no podía ser objeto de revisión judicial, en la medida que el juez no podía entrar a cuestionar las consideraciones que habría tenido la administración al momento de ejercer la potestad pues es la propia ley la que le otorga este margen de libertad. Esta concepción se encuentra ampliamente superada ya que no

tolera análisis a partir de los principios y valores que sustentan el Estado de Derecho (Cordero; 2010: 90).

De esta forma, todas las potestades, sean regladas o discrecionales, están sujetas a revisión judicial. Tratándose de las potestades discrecionales, el control judicial se ejercerá sobre: i. los elementos reglados de la potestad; ii. los fundamentos de hecho; iii. el fin público específico al cual está orientado el acto administrativo de acuerdo a lo previsto por la ley; iv. los principios generales del derecho, en especial, el principio de proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad, igualdad y no discriminación, etc.

Gendarmería de Chile, como órgano de la administración del Estado, deberá someter su acción a la Constitución, leyes y tratados internacionales y respetar el estatuto jurídico de la persona privada de libertad. Para garantizar el sometimiento del actuar penitenciario al principio de legalidad, el Juez de garantía deberá contrastar los elementos del acto administrativo que se somete a su control con el bloque de legalidad.

De esta manera, deberá determinar la competencia e investidura de la autoridad que dictó el acto (elementos subjetivos); examinar los motivos de hecho y de derecho que le sirven de fundamento al acto, la legalidad de su objeto y el cumplimiento del fin específico para el cual fue otorgada la potestad (elementos objetivos); y finalmente determinar la conformidad del procedimiento administrativo y de la forma de extensión del acto (elementos formales). De este examen pueden surgir determinados vicios que acarrearán la nulidad del acto: i. investidura irregular; ii. incompetencia; iii. vicios en los motivos del acto; iv. ilegalidad en el objeto; v. desviación de poder y vi. vicios de forma.

En igual sentido se ha pronunciado la Corte Europea e interamericana: "este Tribunal (Corte IDH) coincide con la Corte Europea, en términos generales, en entender que existe una revisión judicial suficiente cuando el órgano judicial examina todos los alegatos y argumentos sometidos a su conocimiento sobre la decisión del órgano administrativo, sin declinar su competencia al resolverlos o al determinar los hechos. Por el contrario, esta Corte estima que no hay una revisión judicial si el órgano judicial está impedido de determinar el objeto principal de la controversia, como por ejemplo sucede en casos en que se considera limitado por las determinaciones fácticas o jurídicas realizadas por el órgano administrativo que hubieran sido decisivas en la resolución del caso" (Corte IDH, Caso Barbani Duarte y otros Vs. Uruguay, sentencia de 13 de octubre de 2011).

4.3.2.2. Vías de acceso a la judicialización

Toda la actividad de la Administración se encuentra juridificada, en la medida que sólo puede hacer aquello que expresamente le faculta el ordenamiento jurídico (vinculación positiva al Derecho). Por tanto, toda su actividad puede ser judicializada, es decir, objeto de revisión judicial en la medida que puede ser controlada en toda su extensión por los Tribunales de Justicia (Cordero; 2010: 86).

i. Recursos judiciales en el ámbito nacional de protección de los derechos fundamentales

Si bien tanto el artículo 38 inciso 2º de la Constitución Política como el artículo 9 inciso 1º del Reglamento de establecimientos penitenciarios garantizan a las personas la protección judicial frente a los actos de la autoridad administrativa, ningún cuerpo legal contempla un recurso que tenga por finalidad específica impugnar judicialmente una resolución dictada por la administración penitenciaria.

Existe en esta materia un gran vacío legal, que deja en indefensión a los condenados respecto de los actos arbitrarios de la autoridad, lo que no sólo atenta contra la garantía de tutela judicial, sino que permite la impunidad de posibles infracciones al artículo 6 de la Constitución Política y al Reglamento de establecimientos penitenciarios lo que, en el contexto de una institución total como la cárcel, resulta de enorme gravedad. Es por ello que en la práctica las acciones constitucionales de amparo y protección se han convertido en el instrumento de tutela de los derechos e intereses de los condenados privados de libertad (Salinero; 2008: 86).

4.3.2.3. Mecanismos de protección de competencia de los Tribunales superiores de justicia

4.3.2.3.1. Acción constitucional de amparo

El amparo o habeas corpus es la acción y recurso constitucional destinado a tutelar la libertad personal y la seguridad individual de toda persona natural que esté o se halle amenazada de ser arrestada, detenida o presa o que sufra, o pueda sufrir, cualquier otra privación, perturbación o amenaza de esa libertad o seguridad, con infracción de lo asegurado en la Constitución y las leyes (Cea; 2004: 272).

Se trata de una acción cautelar, por tanto, conocida por los tribunales en uso de sus facultades conservadoras; informal; sin plazo de interposición; que protege el derecho a la libertad y a la seguridad individual.

La acción de amparo o habeas corpus ha sido utilizada por las personas privadas de libertad para impugnar diversos actos o resoluciones administrativas penitenciarias que vulneran el derecho a la libertad o seguridad individual y para reclamar en contra de vías de hecho que afectan estos derechos. Las Cortes se han pronunciado, por la vía del amparo, en materias tales como negativa de libertad condicional; no concesión de un permiso de salida o su revocación; negativa a conceder el beneficio de reducción de condena; sanción disciplinaria de internación en celda solitaria; traslados; condiciones de encierro inhumanas o degradantes; hacinamiento; amenazas; traslados de internos con patologías psiquiátricas; apremios físicos y psicológicos, etc. (Kendall; 2010: 123 y ss.)

Esta acción se ha ido posicionando en la protección efectiva de los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad, tanto a nivel de Corte de Apelaciones como de Corte Suprema.

4.3.2.3.2. Acción constitucional de protección

La acción de protección es aquel medio cautelar de ciertos derechos fundamentales frente a los menoscabos que puedan experimentar como consecuencia de acciones u omisiones ilegales o arbitrarias de la autoridad o de particulares (Verdugo y Pfeffer; 1994: 338).

Esta acción pone en ejercicio las facultades jurisdiccionales, específicamente conservadoras, de los tribunales de justicia que buscan salvaguardar los derechos de las personas de un modo directo e inmediato (Kendall; 2010: 98).

Se trata de una acción informal, que puede ser interpuesta por el afectado o por cualquiera a su nombre; no requiere patrocinio de abogado; tiene un plazo fatal para su interposición de 15 días corridos, contados desde la ocurrencia del acto u omisión arbitrario o ilegal y se interpone ante la Corte de Apelaciones en cuya jurisdicción se hubiere cometido el acto o incurrido en la omisión.

La acción constitucional de protección ha sido utilizada por las personas privadas de libertad para impugnar diversos actos o resoluciones administrativas penitenciarias y para reclamar en contra de vías de hecho u omisiones que afectan derechos fundamentales de los internos. En el primer caso, la acción se utiliza como una instancia contencioso administrativa en la cual se controla la legalidad del acto o la discrecionalidad administrativa. Las resoluciones que se han impugnado por esta vía se refieren a denegación de libertad condicional; traslados; sanciones disciplinarias; no concesión del beneficio de reducción de condena; clasificación, etc. (Kendall; 2010: 101 y ss.)

En el segundo caso, se trata generalmente de actos tales como apremios físicos o psicológicos; amenazas; condiciones de vida inhumanas; falta o deficiente atención médica; negativa de comunicaciones telefónicas; apertura de correspondencia; etc. (Kendall; 2010: 111 y ss.)

4.3.2.4. Mecanismos de protección ante el Juez de Garantía

4.3.2.4.1. Cautela de Garantías

El artículo 10 del Código Procesal Penal establece que en cualquiera etapa del procedimiento en que 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 Política, en las leyes o en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, adoptará, de oficio o a petición de parte, las medidas necesarias para permitir dicho ejercicio.

Si esas medidas no fueren suficientes para evitar que pudiere producirse una afectación sustancial de los derechos del imputado, el juez ordenará la suspensión del procedimiento y citará a los intervinientes a una audiencia que se celebrará con los que asistan. Con el mérito de los antecedentes reunidos y de lo que en dicha audiencia se expusiere, resolverá la continuación del procedimiento o decretará el sobreseimiento temporal del mismo.

Si bien esta norma fue concebida por el legislador como un mecanismo de protección de las garantías judiciales dentro de un proceso penal en curso y de competencia de los Juzgados de Garantía, en la práctica se ha ampliado su ámbito de aplicación y los órganos que pueden dar tutela mediante este mecanismo, lo que lleva a plantear una aplicación extensiva del artículo 10 en términos de poder ser aplicado en cualquier etapa del procedimiento (etapa de investigación; intermedia; de juicio oral; recursiva; procedimientos especiales y ejecución de la pena o medida de seguridad) y por todos los tribunales con competencia penal).

Para ello se esgrimen los siguientes argumentos:

i. Reglas de interpretación del derecho internacional de los derechos humanos.
   a) Interpretación *pro homine*: la cautela de garantías, en cuanto mecanismo de protección de garantías fundamentales, debe ser interpretada de manera amplia, respetando el principio de interpretación del derecho internacional de los derechos humanos, cual es el llamado "*pro persona o pro homine*", en virtud del cual para interpretar la norma internacional se debe considerar el objeto y fin del tratado que es la protección de los derechos humanos, de lo que puede concluirse que la interpretación debe ser siempre a favor del individuo (Nash; 2012: 32). Se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. En este sentido, el artículo 5 inciso segundo del Código Procesal Penal dispone que las disposiciones de este Código que autorizan la restricción de la libertad o de otros derechos del imputado o del ejercicio de alguna de sus facultades serán interpretadas restrictivamente y no se podrán aplicar por analogía.
   b) Interpretación dinámica o progresiva.
ii. Garantía de la jurisdicción. La función jurisdiccional, como función jurídica básica, adquiere unas características singulares en el contexto del Estado constitucional de derecho. En estas condiciones, solo es posible una caracterización satisfactoria en la función jurisdiccional a partir del principio axiológico que da sentido al Estado constitucional y en virtud del cual todo ordenamiento constitucional está orientado a la garantía efectiva de los derechos e intereses de los individuos. Entre los efectos institucionales de esta garantía se encuentra el de la funcionalización de un poder del Estado a la garantía de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos

> a través de la corrección de la ilegitimidad del conjunto de relaciones, procesos y actos de ejecución y producción jurídicas respecto de los valores y principios constitucionales que informan todo el ordenamiento (Peña; 1997: 227).

En este orden de ideas, la actividad jurisdiccional puede caracterizarse por estar únicamente vinculada al interés del derecho, que no es otro que la garantía, esto es, la tutela de los derechos e intereses lesionados. Es, por lo tanto, a partir de este principio que entendemos posible la caracterización de la función jurisdiccional como la que ejerce la garantía de cierre del sistema mediante la corrección de los márgenes de desviación e ilegitimidad jurídicas en que otros poderes o los propios individuos hubieran podido incurrir (Peña; 1997: 229).

En dicho contexto, la cautela de garantías constituye una manifestación esencial de la garantía de la jurisdicción. Ello es así porque abre las posibilidades de demandar ante los órganos jurisdiccionales la privación de garantías judiciales buscando preservarlas o restablecerlas, siendo así un medio idóneo para que el debido proceso sea efectivo (Nogueira; 2000: 78).

Ámbito de aplicación

Se ha entendido por la jurisprudencia que la cautela de garantías comprende cualquier situación, que a juicio del tribunal, pudiere conculcar alguno de los derechos establecidos en la constitución, en la ley o en los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes, relativos a las garantías procesales del imputado o condenado. Así, se ha utilizado en casos de imposibilidad material de ejercer el derecho a la defensa (déficit cognitivo no constitutivo de enajenación mental); imposibilidad de ejercer una defensa técnica; afectación de cualquier otra dimensión del debido proceso; control de los actos administrativos de la autoridad penitenciaria (sanciones disciplinarias, traslados, etc.).

Frente a una cautela de garantías el tribunal podrá adoptar las medidas necesarias para permitir el ejercicio del derecho afectado; suspender el procedimiento si las medidas no fueren suficientes para evitar que pudiere producirse una afectación sustancial de los derechos del imputado; resolver la continuación del procedimiento o decretar el sobreseimiento temporal del mismo.

4.3.2.4.2. Amparo del artículo 95 del Código Procesal Penal

Este mecanismo de protección tiene por objeto preservar la libertad ambulatoria y la recta observancia de las normas que regulan la privación de libertad (Kendall; 2010: 90). Al igual que la cautela de garantías y las visitas semanales que los Jueces de Garantía deben realizar a los establecimientos penitenciarios, este amparo emana de la competencia conservadora que se ha entregado al Juez de Garantía. Ella faculta al Tribunal para adoptar todas aquellas medidas que fueren procedentes

para proteger la integridad física o bien para subsanar las faltas que se le hicieren presentes (Kendall; 2010: 91).

Dada la norma de competencia acumulativa o preventiva, que permite interponer el amparo ante el Juez de garantía que está conociendo del proceso penal o aquél del lugar donde la persona se encuentre privada de libertad, se constituye en importante herramienta para salvar los problemas que origina la regla de competencia relativa y que fueren ya mencionados y aparece especialmente útil y adecuada para reclamar frente a situaciones de vulneración colectiva de derechos.

4.3.2.4.3. Audiencia del artículo 466 del Código Procesal Penal

Esta disposición procesal, junto a los artículos 76 de la Constitución Política y 14 letra f) del Código Orgánico de Tribunales configuran el contencioso administrativo especial en materia penitenciaria, mediante el cual se efectúa el control de legalidad de los actos administrativos y materiales de la autoridad penitenciaria. Respecto de los primeros, el Juez de Garantía deberá efectuar un análisis particular de los vicios y las causales de nulidad que pudieren concurrir en el acto sometido a su control, y determinar si el acto se ajusta al bloque de legalidad o, si por el contrario, es nulo . En cuanto al segundo tipo de actos, esto es, los actos materiales se debe tener presente una regla básica contenida en la Ley Nº 19.880 de la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos: "*La Administración Pública no iniciará ninguna actuación material de ejecución de resoluciones que limite derechos de los particulares sin que previamente haya sido adoptada la resolución que le sirva de fundamento jurídico*" (artículo 50). En tal sentido, toda actuación material debe reconocer un título, es decir, un acto administrativo previo que le sirva de fundamento. Así, si una actuación material carece de fundamento jurídico o se aparta de los términos del título, debe hacerse cesar, ordenándose la restitución del estado material de cosas existentes al momento anterior a su realización y, en su caso, su reconducción estricta a los términos previstos en el título (Cordero; 2010: 98).

4.3.2.5. Mecanismos de protección de los derechos humanos en el sistema interamericano

La responsabilidad primaria de la protección de los derechos humanos recae sobre las autoridades nacionales, siendo las actividades internacionales subsidiarias o complementarias a las tareas que los gobiernos nacionales deben desarrollar en este campo (Medina y Nash; 2003: 22).

Aclarado lo anterior, podemos señalar que el artículo 33 CADH establece dos órganos para la promoción y protección de los derechos humanos: la Comisión y la Corte interamericanas de derechos humanos.

4.3.2.5.1. Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Este organismo está compuesto por 7 miembros (Comisionados) elegidos por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA) que actúan de forma independiente y que duran en sus funciones 4 años (CEJIL; 2007: 44).

La Comisión tiene 2 grandes funciones:

a) Promover y defender los derechos humanos en la región. Para ello la Comisión cuenta con numerosas herramientas: recibe, analiza e investiga denuncias de violaciones a los derechos humanos, presentando casos ante la Corte y compareciendo en el litigio de los mismos; solicita a los Estados que adopten medidas cautelares o que la Corte IDH decrete medidas provisionales en casos urgentes que entrañen peligro para las personas; crea conciencia en la región sobre la importancia y respeto de los derechos humanos mediante publicaciones, capacitaciones, etc.; establece relatorías para el estudio de temáticas de interés, etc.
b) Elaborar informes sobre la situación de los derechos humanos en Estados miembros de la OEA.

4.3.2.5.2. Corte interamericana de derechos humanos

Se trata de un órgano de supervisión judicial de la vigencia de los derechos humanos creado al momento de adoptarse la CADH. Está integrada por 7 miembros (jueces), elegidos por los Estados partes de la Convención, que actúan de forma independiente por un mandato de 6 años (CEJIL; 2007: 44). La Corte tiene una función contenciosa, de resolución de casos individuales y adopción de medidas provisionales (conocerá de aquellos casos presentados, ya sea por la Comisión o por un Estado parte en la Convención. Solo podrán presentarse casos en contra de aquellos Estados que hubieren ratificado la CADH y aceptado la competencia de la Corte) y una función consultiva, donde se pronuncia sobre la interpretación de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los estados americanos y acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales (CEJIL; 2007: 153).

Capítulo 5. El tratamiento penitenciario

5.1. Introducción

5.1.1. Tratamiento y resocialización

I. Señala el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que "*el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados*" (Art. 10.3). Y, en el mismo sentido las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los reclusos nos dice que "*para lograr este propósito, el régimen penitenciario debe emplear, tratando de aplicarlos conforme a las necesidades del tratamiento individual de los delincuentes, todos los medios curativos, educativos, morales, espirituales y de otra naturaleza, y todas las formas de asistencia de que puede disponer*.". R. 59.

Ambos textos resuman un irresistible optimismo y, pecando de cierta candidez, conciben el régimen, es decir, las condiciones de vida dentro de una cárcel, hipotecadas por los fines del tratamiento, esto es, la actividad directamente dirigida a la consecución de la reeducación y la reinserción social de los penados mediante la utilización de métodos científicos adecuados. Esta identificación, que después vuelve a corroborarse en muchas legislaciones nacionales, introduciría, de ser llevada a sus últimas consecuencias, un factor de subjetivización penitenciaria insoportable. Factor que como luego trataremos de demostrar hace perder virtualidad a la necesidad de contar en todo momento con el consentimiento del interno para llevar a cabo un programa terapéutico. La Ley debe evitar y no potenciar que la única razón por la que el interno se someta al tratamiento sea con el fin de no perder una serie de beneficios penitenciarios ya que como se ha demostrado con abundante referencia empírica cuando el penado sólo se ve impulsado a colaborar con el fin de mejorar su condición penitenciaria la labor resocializadora generalmente termina fracasando.

II. Pocos aspectos del sistema penitenciario han merecido una crítica tan unánime como el tratamiento en el ámbito penitenciario. De forma esquemática destacan dos corrientes críticas una norteamericana, más técnica, dirigida a valorar las consecuencias, y otra europea, más ideológica, que critica los fundamentos. Ambas venían a converger en los siguientes aspectos: El modelo terapéutico presidido por la psiquiatría clínica gira en torno a la idea indemostrable de que en la criminalidad concurren

factores patológicos. Ni siquiera los planteamientos multifactoriales sobre el origen de las conductas delictivas pueden soportar la realidad de que la criminalidad es normal y, en gran medida, es un comportamiento creado y estigmatizado por la norma, que es un factor exógeno. Por otro lado, el objetivo del tratamiento planteado como buen ciudadano no tiene cabida en una sociedad multicultural y democrática.

Las reiteradas críticas, unas, de perfil ideológico y, otras, por los escasos resultados positivos de la resocialización, plantearon unas perspectivas puramente custodiales para la pena privativa de libertad. Un exponente de este resurgimiento de la prisión como sanción se demuestra en la doctrina escandinava del *new crime control policy* y en la anglosajona de *justice modal*.

El renovado interés por la retribución en USA encuentra su fundamento inmediato en la crítica al poder casi ilimitado de los órganos penitenciarios o judiciales no sólo para elegir la respuesta sancionatoria al delito en el caso concreto (*sentencing*) sino también para "*perdonar*" al condenado en base a la evaluación del éxito del tratamiento mediante *la parole board*. La individualización con fines reeducativos había conducido a un modelo presidido por una generalizada falta de homogeneidad en las modalidades y en los criterios con los que se afrontaban situaciones exteriormente análogas.

La crítica a este estado de cosas ha encontrado su soporte ideológico al inicio de los años setenta con el surgimiento de una autorizada corriente de pensamiento representada por la clásica *Theory of Justice* de Rawls, la cual pretende una reconstrucción en clave rígidamente distributiva del concepto de justicia bajo el presupuesto de una concepción puramente contractual de la organización social. Aunque Rawls no se preocupa específicamente por la cuestión penal, de su obra se deriva una justicia formal al margen de cualquier pretensión utilitaria, que puede sintetizarse en la máxima según la cual lo igual debe tratarse de modo similar, con lo cual la autoridad judicial pierde cualquier ámbito de discrecionalidad.

La construcción de Rawls expresa el *background* cultural en el que se inserta la dimensión custodial y pretendidamente garantista del neoclasicismo americano. La afirmación de esta tendencia en la opinión pública americana se manifiesta con publicaciones como el informe *Struggle for Justice* de 1971 sobre la situación penitenciaria en este país. Más que un verdadero documento del que se desprendan determinadas estrategias, se trata de una denuncia de la injusticia y discriminación que representaba según sus autores la configuración de la sanción como un tratamiento favorable al reo. En el informe referido se reclama la eliminación de la justicia penal de toda discrecionalidad o indeterminación en la ejecución penitenciaria con el consiguiente retorno a los planteamientos rígidos y custodiales.

Esta tendencia se ve posteriormente reforzada por autores como Morris, Tonry, Radzinowicz– Hood, etc. Un segundo polo del resurgimiento del neo-clasicismo penal surge

en los países escandinavos, que no se funda como en el caso americano en la preocupación por la dispersión de los poderes de discrecionalidad del Juez y los órganos penitenciarios, ni por el resurgir de fuertes presiones represivas de naturaleza emotiva en el contexto social, sino por un renovado interés por la retribución a partir de la crisis de los modelos terapéuticos, del enorme costo de éstos y sus escasos resultados positivos.

El carácter racional y finalísticamente orientado de la inversión de planteamientos en la política-penal escandinava frente al contenido más ideológico en el caso americano no ha impedido una enorme coincidencia que ha provocado una importante alteración en el panorama político-criminal y que se detecta por un cambio en los discursos oficiales sustituyendo la idea de la prevención especial positiva entendida ésta como resocialización o reeducación, por una prevención especial negativa como simple inocuización o neutralización del penado. La valoración crítica de la resocialización, aun cuando no haya sido buscado de propósito, ha favorecido y reforzado un argumentario conservador que, por una parte, ha permitido recuperar el modelo arquitectónico de las penitenciarías clásicas de grandes dimensiones y aisladas del contexto y, por otra, que los recursos que fueron concebidos en sus orígenes como medios de estímulos para los objetivos de aquel, se encuentren en la actualidad al servicio de otros objetivos. Lejos de desaparecer fueron poco a poco reformulados y empleados con fines de orden y seguridad. Las actuales políticas penitenciarias se inspiran fundamentalmente en las políticas de orden público y no en las de prevención especial positiva.

III. La cárcel es un instrumento contrario a todo diseño socio pedagógico; no tiene capacidad para afrontar programas terapéuticos. Ni en sus orígenes, ni en su posterior evolución puede afirmarse que la cárcel se ha fundado en estos criterios que apuntan a la diversidad como principio rector. El tratamiento exige y ofrece, sin embargo, junto con otros institutos jurídico-penitenciarios la posibilidad de concebir de forma integrada todo el sistema penal como un proceso. Pero el Derecho penal no concibe la actividad terapéutica nada más que en la fase ejecutiva de la pena, el marco estructural dentro del cual tiene lugar un suceso en la vida de una persona. Este proceso se inicia, formalmente, con el ingreso del sujeto como penado y, formalmente, acaba con el momento en que abandona el establecimiento. Sin embargo, desde una perspectiva material existe una fase previa en la que puede llegar a considerarse incluso el propio proceso penal y una fase posterior durante la cual el sujeto se encuentra en cualquiera de las modalidades de libertad condicionada bajo el control de los órganos de asistencia postpenitenciaria. En el desarrollo de este proceso tiene un peso muy destacado la interacción social entre la institución, el personal y los internos. Esta difiere poco de los procesos interactivos que se originan en la sociedad libre. En otra época este proceso era sustituido por unas fases rígidas diferenciadas exclusivamente por el tiempo penitenciario. Hoy, concebida la ejecución penitenciaria como un campo de aprendizaje social, aun cuando de manera residual siguen vigentes normas antinómicas de épocas anteriores, se tiende a una mayor fluidez.

IV. El tratamiento, como el trabajo, la formación y otras instituciones tienen precisamente la misión de favorecer esa fluidez y permitir que en el momento de la liberación el interno pueda incorporarse nuevamente a la sociedad con el menor número de problemas y tensiones.

De todo lo anterior se desprende a nuestro juicio las posibilidades de recuperar una cierta esperanza frente a la crisis irreversible de la ideología resocializadora de los años setenta y ochenta.

Frente a todo este movimiento, a nuestro juicio, surge la necesidad de adquirir un compromiso con una corriente de pensamiento empeñada en la labor de formular críticamente los fines de la ejecución de la pena de prisión, procurando que ésta no sirva como una coartada de dispersión y reforzamiento de la misma, sino que favorezcan una pena de menos lesividad para el condenado dentro de una estrategia reduccionista.

Esta perspectiva puede acogerse a partir de la idea de la reinserción social entendida como un proceso por medio del cual se remueven los obstáculos que impiden la participación del individuo en la vida social, cultural y política y, a la vez, se promociona el libre desarrollo de su personalidad. Se trata de huir de visiones profundamente ideologizadas y etizantes de tratamiento en combinación con ciertos aspectos regresivos rígidos de épocas anteriores que no se han sabido superar. Esta idea se encuentra sintetizada en las Reglas Penitenciarias Europeas cuando entre sus Principios Básicos señala que "*cada internamiento debe gestionarse de manera que se facilita la reinserción social de las personas privadas de libertad*" R. 9. Y, en esta misma línea insiste en que "*En el tratamiento no se deberá recalcar el hecho de la exclusión de los reclusos de la sociedad, sino, por el contrario, el hecho de que continúan formando parte de ella. Con ese fin debe recurrirse, en lo posible, a la cooperación de organismos de la comunidad que ayuden al personal del establecimiento en su tarea de rehabilitación social de los reclusos*" R. 61. Esta comprensión tiene incuestionables ventajas frente a los planteamientos difusos de las concepciones reeducativas difíciles de traducir en propuestas de política-penitenciaria. Cuando hablamos de ofertar recursos que favorezcan la reinserción social estamos necesariamente reconociendo que el interno es un sujeto de derecho —y no un objeto—, al que se le reconocen sus derechos salvo los afectados por la pena. También esta propuesta nos compromete con una prisión dinámica y abierta en la que se refuerzan aquellos medios que puede ayudar al interno a recuperar su integración en la sociedad tras la egresión.

Así entendido, desde luego, denominar tratamiento a las actividades que se despliegan durante la ejecución de la pena para favorecer la vuelta a la sociedad no deja de ser una contradicción en sus términos ya que transfiere al ámbito penitenciario una terminología terapéutica y hospitalaria, propia del positivismo radical, reservada para las personas que sufren patologías sociales y que son tratadas por medios terapéuticos.

Esta contaminación de la semántica médica favorece la asociación de la criminalidad con patologías bio-psíquica y desplaza todo programa que no sea el propuesto por las ciencias médico-psiquiátricas. Sería recomendable abandonar ese léxico que dificulta una comprensión laica de la actividad de reinserción social, la cual se encuentra en el basamento de todos aquellos institutos jurídicos empeñados en restringir la prisión a una privación de libertad ambulatoria y nada más.

5.1.2. Tipos de tratamiento

Con los años el debate sobre el tratamiento se ha situado en el centro de una polémica mucho más amplia de crítica hacia la propia prisión, que, sin duda, ha enturbiado el sentido social de aquella polémica. La valoración crítica del tratamiento penitenciario entendido como actividad directamente comprometida con la resocialización y la necesidad de reelaborar unos nuevos contenidos en el sentido que hemos apuntado en el apartado anterior no está en absoluto reñido con la obligación del Estado de ofrecer un servicio de asistencia psicológica a los internos con el que ayudarle a superar los muchos daños que provoca la pérdida continuada de la libertad.

Probablemente no se puede mantener como proponen las normas internacionales citadas al comienzo que la prisión se modele conforme a las necesidades del tratamiento, pero de ahí tampoco puede extraerse que debamos hacer desaparecer la oferta de los programas de tratamiento penitenciario a la vista de su escaso éxito. El tratamiento no legítima la prisión, ni el actual uso desmedido de la misma, ni siquiera se puede traducir en propuestas de política penitenciaria o directrices de actuación dentro de un centro concreto, pero representa una tensión moral con el sistema que refuerza los principios de humanización del castigo y de respeto de los derechos de los privados de libertad. El destinatario no es solo el condenado o los responsables de la ejecución sino toda la sociedad que debe comprometerse en un empeño activo de estabilizar y mantener las relaciones humanas durante el tiempo penitenciario.

Es cierto que las posibilidades de llevar a la práctica en un centro penitenciario unos programas de tratamiento resultan poco menos que imposible porque a los problemas de masificación se suman problemas estructurales. No solo no está pensada una cárcel para ese tipo de actividad, sino que ni siquiera los trabajadores penitenciarios pueden asumir la responsabilidad de hacerlo. El éxito del tratamiento es más elevado cuanta más alta es la percepción de competencia profesional que los condenados tengan. El personal penitenciario no está formado para dirigir un programa de esas características y, además, compatibiliza sus funciones asistenciales con las represivas, por lo que el interno no lo ve como un técnico sino como una pieza más del mismo aparato represivo. La percepción de la población penitenciaria sobre los trabajadores es negativa y como terapeutas, nula.

A pesar de todo, la prisión debe ofertar a la población penitenciaria una programación de actividades diversas, que por voluntad de los legisladores identificamos como

tratamiento, cuya orientación es *primum nill nocere*, es decir, equilibrar el daño penitenciario y poner a su disposición recursos que hagan más fácil la vuelta a la sociedad.

5.1.3. La incidencia de la evolución del tratamiento en el modelo de ejecución

La propuesta de tratamiento que defendemos exige que haya una autonomía entre tratamiento y las cuestiones relativas a la ejecución de la pena. Esta autonomía es un presupuesto de la libre aceptación del interno a someterse a los programas de tratamiento. Debido a la unidad conceptual propuesta por el positivismo criminológico, que, como hemos visto, aún se encuentra presente en las normas nacionales e internacionales, los modelos penitenciarios insisten en convertir el éxito del tratamiento en una condición que modula sustancialmente el contenido de la pena. Son numerosos los beneficios penitenciarios —permisos de salida, régimen abierto, sistemas progresivos, libertad condicional, etc.— que se hacen depender del "*éxito*" del tratamiento. Esta interacción en una institución total y en manos de la Administración que la gestiona es una fuente de arbitrariedades y de inseguridad jurídica que vulnera el principio de legalidad y de igualdad. Las propuestas de un monismo penitenciario tienen las mismas objeciones que las que se hicieron al monismo como solución a las relaciones entre penas y medidas de seguridad.

Por otro lado, solo de esta manera podemos encontrar dentro de la prisión internos, que renunciando a someterse a un tratamiento o no necesitando de este o habiéndolo concluido, sigan manteniendo un status que le permita acceder en igualdad de condiciones a todos los beneficios penitenciarios. Esta separación facilita que la actividad de tratamiento tenga un carácter universal y se ponga a disposición de todos los que se encuentran privados de libertad, porque es esta circunstancia y no la comisión de un delito, la que legitima su oferta.

Con la experiencia acumulada en las últimas décadas estamos en condiciones de afirmar que este modelo monista en la forma de relacionar tratamiento y ejecución ha resultado un fracaso. Por una parte, no logra sus objetivos de incentivar las conductas activas y receptivas al tratamiento, por el contrario, el interno simula un interés condicionado por la inmediatez y la importancia del premio. Los logros positivos, cuando se alcanzan, son inestables porque dura el tiempo que el condenado tiene su libertad coagulada por la obtención de un beneficio penitenciario. Los programas de tratamiento no pueden ser unilaterales; si, como señalan las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas, tienen como objetivo "*inculcarles la voluntad de vivir conforme a la ley, mantenerse con el producto de su trabajo y crear en ellos la aptitud de hacerlo*" (R. 65) la colaboración del interno es imprescindible. Pero quizás los problemas más graves se derivan de que a falta de una oferta de programas de tratamiento con resultados fiables que sirvan de criterios para conceder o no beneficios, debido entre otras razones por la falta de recursos y la masificación, los criterios que se emplean para

tomar esa decisión son puramente disciplinarios. De esta manera, se pone en manos de la Administración un poderoso instrumento de disciplina procedente de institutos que tienen otros objetivos.

La diferencia no solo es importante sino necesaria para el desarrollo racional de ambas instituciones.

5.1.4. Modalidades de terapias en prisión

I. A continuación haremos una breve referencia a las modalidades de tratamientos terapéuticos más frecuentemente utilizados en los sistemas penitenciarios, reiterando que muchos de ellos tienen como objetivo un cambio de personalidad lo que sería contrario a los derechos de los privados de libertad, si no se cuenta con su consentimiento libremente emitido.

Psicoterapia. Se utiliza, a veces, como sinónimo de psicoanálisis aunque en realidad responde a una definición más estricta pese a participar de los mismos principios. Los psicoterapeutas ven como obstáculo para el pleno desarrollo de los métodos psicoanalíticos la propia personalidad del delincuente.

Psicoanálisis. Dentro del psicoanálisis se han desarrollado numerosas técnicas de terapia desde las ya clásicas de Jung a otras orientadas al tratamiento educativo como las de Adler.

Como más frecuentes en el medio penitenciario podemos señalar las terapias de carácter individual y colectivas.

Terapia individual. Centrada en las fases preedipales y edipales se busca un síntoma de allanamiento a través del cual podrá conseguirse el cambio de las estructuras de la personalidad del paciente. Los sentimientos de culpa y miedo son modificados y se produce un reforzamiento del yo. El problema que plantea el desarrollo de esta terapia en prisión es la lentitud del proceso que, con frecuencia, supera el del tiempo penitenciario y la falta de cualificación del personal.

Terapia de grupo. Dentro de la terapia de grupo se incluye también un importante número de técnicas que pueden tener como paciente a todo el grupo o al individuo o puede convertirse la terapia en el centro del programa o forma parte del mismo. A través de un mecanismo de proyección se posibilita al participante que descargue toda la problemática que guarda en su subconsciente sobre el resto de los miembros. Por medio del peso horizontal del grupo, el cual es regularmente más efectivo que la autoridad del terapeuta, practicada verticalmente, pueden ser introyectadas con más facilidad las normas sociales que por medio de la terapia individual. La organización de esta modalidad terapéutica encuentra serias dificultades en un centro penitenciario ya

que la selección de los individuos que deben de participar en la misma no coincide con las posibilidades regimentales.

Dentro de las terapias grupales —al menos, así concebida en sus orígenes— es frecuentemente empleada en los establecimientos penitenciarios el psicodrama (el psicodrama terapéutico; el existencial, el analítico, el hipnodrama, el sociodrama o interpretación de papeles, el etnodrama, etc.). Definido por su creador como un método mediante el cual se penetra en la verdad de la psique a través de ciertas actitudes, permite al individuo en relación con el resto del grupo poner en escena situaciones características o problemas insuperables de sus respectivas vidas. La experiencia en la clínica Van der Hoeven en Utrech demostraron la utilidad de este método, solo contraindicado en los casos extremos de conductas anormales, pero especialmente efectivo para las psicosis. La edad, la estructura de la personalidad y la sintomatología son factores irrelevantes para la selección de los miembros, en esto marca diferencias con las terapias de grupo.

II. Algunas terapias individuales pueden llevar lo penitenciario a límites de dudosa constitucionalidad, como es el caso de las terapias de conducta a partir de la teoría del aprendizaje. Las técnica esencialmente consiste en altera la sensibilidad y requiere una primera fase en la que el individuo va haciendo desaparecer el comportamiento desviado, para luego pasar a la que se reinicia un proceso de aprendizaje que nunca había llegado a desarrollarse con anterioridad al tratamiento. En relación con estas formas de terapias se suscita el problema de su compatibilidad con la dignidad de las personas y la prohibición de tratos inhumanos en los casos en los que se emplean técnicas de aversión particularmente agresivas —revulsivos, descargas eléctricas, fármacos, actos repetitivos de la conducta negativa, etc.—.

Todas estas técnicas fueron favorablemente aceptadas por algunos científicos que vieron así resuelto el problema de la relación terapeuta-paciente que la mayoría de las terapias no pueden solucionar y además garantizados unos éxitos más o menos seguros. El problema entonces es averiguar cuáles son los factores que deben ser valorados prioritariamente para considerar si una determinada terapia es o no positiva. Si nos dejamos llevar por los criterios funcionalistas es lógico que este tipo de tratamiento aparezca ante nuestros ojos como muy sugestivo por su bajo costo de aplicación, escasa cualificación del personal, poco tiempo y altos porcentajes de éxito. Frente al resto de los modelos son razones poderosas para hacerlas atractivas. Sin embargo, nada nos dicen estos datos sobre qué tipo de socialización se ha conseguido para el paciente. La terapia de comportamiento renuncia por principio a todos los conocimientos históricos-hermenéuticos, se sitúa al margen de cualquier contenido ideológico y frente a las implicaciones sociales de los métodos empleados; todo ello es posible gracias a una sobrevaloración de la eficacia, de la economía y de la higiene en lograr los resultados apetecidos. El sujeto-condenado-paciente es materialmente liquidado para poderlo manipular. Ni siquiera mediando su consentimiento pueden ser admisibles estas

terapias porque lesión la dignidad humana convirtiendo al hombre en un ser independiente sino esclavo del sistema.

Con argumentos aun de más peso deben ser rechazadas las somatoterapias de base física, química o quirúrgica —lobotomía, castración—, que parecen haber encontrado una renovada legitimación con las nuevas líneas de investigación criminológica sobre la neurociencias en la búsqueda de las bases biológicas de la conducta humana.

No plantean, en cambio, ningún problema jurídico las llamadas terapias no directivas, como la terapia de la configuración o la terapia del contacto que, partiendo de una visión positiva del hombre, crean en el paciente las posibilidades óptimas para su autodesarrollo y reflexión. Incluso, la terapia de contacto abre nuevas posibilidades de reforzar los contactos con la sociedad libre más allá de las comunicaciones convencionales.

5.1.5. De los sistemas progresivos a los programas individualizados de intervención

Durante mucho tiempo las políticas penitenciarias se empeñaron en concebir el tiempo penitenciario de forma progresiva, rompiendo con la concepción monolítica del retribucionismo. Fue a finales del s. XVIII cuando proliferaron estos modelos que se les llamaron sistemas progresivos, abarcando dentro de este concepto una rica variedad de matices. Los sistemas progresivos fueron diseñados en los primeros momentos con criterios temporales-objetivos, de manera que según se iba extinguiendo el tiempo de pena el condenado disfrutaba de mayores espacios de libertad.

A mediados del pasado siglo se había acumulado experiencia suficiente para objetar a los sistemas progresivos una rigidez extrema. En efecto, los diseños del régimen que se aplicaba a los condenados estaban predeterminados y estos tras una clasificación eran sometidos a uno de ellos que podía ser o no adecuado a sus circunstancias personales. Para avanzar en la personalización de la ejecución los países del área anglosajona articularon formas que aseguraban que la ejecución en todos sus aspectos iba a estar condicionada por las circunstancias personales del condenado. Es decir, que apenas ingresa el condenado a cumplir la pena se diseña un programa individualizado de intervención que no es otra cosa que un documento dinámico en el que se recogen los aspectos más significativos de la ejecución de la pena para cada condenado —ocupación, programas educativos, ubicación, etc.— concibieron la ejecución. Los contenidos de estos programas se redactan por los equipos técnicos tras realizar una serie d entrevistas con el interno.

El interés de estos programas radica en la posibilidad de embridarlos, no con actividades resocializadoras, en el sentido clásico del término, sino respetando el principio de la diversidad humana que se encuentra en relación con el principio del libre desarrollo de la personalidad y la libertad.

5.2. Estudio jurídico. Argentina

5.2.1. Separación-Progresividad

5.2.1.1. Separación

De acuerdo al art. 176 de la LEP, cada jurisdicción del país —si lo necesitara— podrá contar con establecimientos separados para hombres y mujeres que serán denominados: *"a) Cárceles o alcaidías para procesados; b) Centros de observación para el estudio criminológico del condenado y planificación de su tratamiento…; c) Instituciones diferenciadas por su régimen para la ejecución de la pena; d) Establecimientos especiales de carácter asistencial médico y psiquiátrico; e) Centros para la atención y supervisión de los condenados que se encuentren en tratamiento en el medio libre y otros afines"*[73].

*N*o podrán alojarse a procesados junto a condenados de acuerdo a la propia LEP[74] y **los establecimientos de detención deben ser organizados separadamente para hombres y mujeres.** En este sentido, las Reglas de Bangkok establecen que deben tenerse en consideración *"las necesidades y circunstancias específicas de las mujeres reclusas al elaborar la legislación, los procedimientos, las políticas y los planes de acción"* (cfr. punto 7).

Del mismo modo, las Reglas N° 1 y 8 determinan que *"A fin de poner en práctica el principio de no discriminación consagrado en el párrafo 6 de las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, se deben tener en cuenta las necesidades especiales de las reclusas en la aplicación de las presentes Reglas. La atención de esas necesidades para lograr en lo sustancial la igualdad entre los sexos no deberá considerarse discriminatoria"* Y que *"Los reclusos pertenecientes a categorías diversas deberán ser alojados en diferentes establecimientos o en diferentes secciones dentro de los establecimientos, según su sexo y edad, sus antecedentes, los motivos de su detención y el trato que corresponda aplicarles. Es decir que: a) Los hombres y las mujeres deberán ser recluidos… en establecimientos diferentes…"*

La CIDH también ha declarado que *"…frente a las personas privadas de libertad, el Estado se encuentra en una <u>posición especial de garante</u>, toda vez que las autoridades penitenciarias ejercen un control o dominio total sobre las personas que se encuentran sujetas a su custodia. En este particular <u>contexto de subordinación del detenido frente al Estado, este último tiene una responsabilidad especial</u> de asegurar a aquellas personas bajo su control las condiciones que les permitan retener un grado de dignidad consistente con sus derechos humanos inherentes e inderogables…"*[75] (el subrayado nos pertenece).

73. Se puede ampliar las categorías que se incluyen en cada supuesto de acuerdo a los art.s 184 y ssgtes. de la LEP.
74. Cfr. CADH art. 5°.4, ONU-RM 85.1), entre otras.
75. Cfr. párr. 97, CIDH "Caso "Caesar Vs. Trinidad y Tobago", Sentencia del 11 de marzo de 2005.

La idea central de *"la aplicación de la pena privativa de la libertad es procurar la adecuada reinserción social del condenado, promoviendo —además— la comprensión y apoyo de la sociedad. El lugar físico en el que se llevara a cabo la implementación de las medadas destinadas a lograr el objetivo propuesto es el establecimiento penitenciario"*[76].

"El carácter distintivo reseñado en las Reglas Mínimas (RM) en cuanto a cómo tratar a los reclusos, descansa en ciertos principios guía que constituyen la introducción a la segunda parte de las RM (Reglas 56 a 64). Estos abarcan los problemas de seguridad, ***clasificación****, cuidados y reinserción. Los principios incluyen:*

- *minimizar el sufrimiento inherente al encarcelamiento;*
- *hacer la vida en el penal más normal;*
- *fomentar un modo de vida de respeto a la ley y auto-mantención después de la liberación;*
- *dar asistencia según las necesidades individuales;*
- *facilitar un regreso gradual a la sociedad;*
- *enfatizar que el preso continúa siendo parte de la comunidad"*[77].

Por otro lado, existe un alojamiento diferenciado para las mujeres que se encuentran con sus hijos de hasta cuatro años de edad en el establecimiento penitenciario. En esos casos, sólo se les permite en los lugares acondicionados para tales necesidades, como lo es la llamada Unidad N° 31 del S.P.F.

Tal como indicamos a lo largo del presente manual, el "norte" incluso de la separación mencionada es lograr arbitrar los medios necesarios a fin de procurar la efectiva reinserción social del privado de libertad.

5.2.1.2. Progresividad

En Argentina existe lo que se denomina *"progresividad del régimen penitenciario"*[78]. Tal situación implica que la persona privada de su libertad va transitando la ejecución de su pena según su avance o retroceso en los objetivos fijados por la administración penitenciaria. Si bien la progresividad no ha sido definida por la ley, si lo hace el decreto reglamentario 1136/97 que, en su art. 1 la define como "… un proceso gradual y flexible que posibilite al interno, por su propio esfuerzo, avanzar paulatinamente hacia la recuperación de su libertad, sin otros condicionamientos predeterminados que los legal y reglamentariamente establecidos."

El sistema progresivo se plasma en la existencia de cuatro períodos diferenciados: Observación, Tratamiento, Prueba y Libertad Condicional. Dentro del período de

76. López, Axel y Machado, Ricardo. "Análisis del régimen de ejecución penal", Ley 24.660. Ed: Fabián Di Plácido; 2004, pág. 425.
77. Cfr. Manual de buena práctica penitenciaria. Reforma Penal Internacional; 2. ed.; San José, C.R.: Guayacán, 2002. pág. 117.
78. Cfr. art.s 12 y siguientes de la LEP.

Tratamiento, el reglamento de modalidades básicas de la ejecución de la pena privativa de libertad (Dec. N° 396/99) establece tres fases: Socialización, Consolidación y Confianza.

El grado de avance en el sistema progresivo determina modificaciones en el lugar o sector de alojamiento, pretendiendo lograr mayor autodisciplina de acuerdo a su evaluación positiva en el cumplimiento del programa de tratamiento individualizado y científico que haya sido fijado. El período de prueba habilita institutos de soltura anticipada, tales como las salidas transitorias.

En Argentina, la LEP establece en su art. 5° el carácter **individualizado y voluntario del tratamiento**. Las personas condenadas sólo tienen el deber de trabajar y respetar la disciplina y orden de los establecimientos, el resto de las actividades son consideradas de carácter voluntario y terapéutico[79].

Por otro lado, los procesados sólo tienen obligación de respetar la disciplina de las unidades penales[80], al ser de aplicación el principio de inocencia contenido en el art. 18 de la Constitución Nacional.

A pesar de esta regulación, su aplicación siempre permite márgenes de arbitrariedad a la administración penitenciaria debido a la subjetividad en la consideración sobre el cumplimiento del tratamiento penitenciario por parte de los internos.

Esta situación claramente puede observarse en los criterios para la asignación de las calificaciones de conducta[81] y concepto[82], los *"estándares"* que deberán cumplirse a fin de lograr un avance en la progresividad del régimen mencionado.

Además del sistema progresivo, la LEP recepta categorizaciones básicas que han sido establecidas tanto en los tratados internacionales sobre derechos humanos, como en reglas específicas, tales como las RMTR y la reciente adopción de las normas con perspectiva de género: Reglas de Bangkok.

---

79. Art. 5°, Ley N° 24.660: *"El tratamiento del condenado deberá ser programado e individualizado y obligatorio respecto de las normas que regulan la convivencia, la disciplina y el trabajo. Toda otra actividad que lo integre tendrá carácter voluntario. En ambos casos deberá atenderse a las condiciones personales, intereses y necesidades para el momento del egreso, dentro de las posibilidades de la administración penitenciaria".*

80. Reglamento de Procesados, Dec. N°303/96: *"El régimen carcelario aplicable durante la detención tendrá por objeto, además de retener y custodiar a las personas comprendidas en el art. 1º, procurar que éstas mantengan o adquieran pautas de comportamiento y de convivencia aceptadas por la sociedad"* (art. 5) y *"Mediando conformidad del procesado, sin afectar el principio de inocencia ni la defensa en juicio, podrá ser incorporado a las normas vigentes para condenados"* (art. 6).

81. Art. 56 del Reglamento de Modalidades Básicas de la Ejecución (Dec. N° 396/99): *"La calificación de conducta del interno se basará en la observancia de las normas reglamentarias que rigen el orden, la disciplina y la convivencia en el establecimiento y durante las salidas transitorias, el régimen de Semilibertad o los permisos de salida".*

82. Art. 60 del Reglamento de Modalidades Básicas de la Ejecución: *"El interno será calificado de acuerdo al concepto que merezca, entendido como la ponderación de su evolución personal de la que sea deducible su mayor o menor posibilidad de adecuada reinserción social".*

De acuerdo a la Regla N° 60 de las RMTR, se deberá propender a reducir las diferencias que puedan existir entre la vida en prisión y la vida en libertad. Por ello, será clave el modo en que dicha persona se irá preparando para el egreso y de allí la importancia del régimen de progresividad.

En definitiva, el tratamiento penitenciario debe ser regido por el principio de la progresividad, principio éste que en la práctica implica el avance, o no, del interno por los distintos períodos y fases del tratamiento, como lo son el Período de Observación, de Tratamiento —y sus distintas fases—, de prueba y de libertad condicional. La cotidianeidad carcelaria y la normativa existente indican que a los fines de aplicar la progresividad, el Consejo Técnico Criminológico de cada establecimiento penitenciario —integrado de manera interdisciplinaria— evaluará y calificará la situación particular —por lo menos una vez cada seis meses— de cada uno de los internos allí alojados con la finalidad de establecer en qué período y fase incorporarán al interno en cuestión. Dicho Consejo evaluará la conducta —que tiene que ver con el acatamiento a las disposiciones disciplinarias vigentes a las cuales haremos referencia en otros capítulos—, y el concepto penitenciario —que alude a la ponderación que se realice de ese interno respecto de su mayor o menor evolución. Con ambas calificaciones, previo debate que el consejo deberá realizar, se propone al interno el avance, la permanencia o el retroceso de fase. De todos modos, la normativa vigente también alude a que solo se puede retrotraer de fase en casos de faltas graves o reiteradas.

Además de ello, debe tenerse especialmente en cuenta que la progresividad implica limitar la permanencia del interno en establecimiento cerrados, debiendo siempre tenderse a facilitar los medios de mayor flexibilidad y autodisciplina de los internos, claro está, cuando ello sea posible según la situación particular.

Por último, debemos expresar también que estos dictámenes del Consejo Criminológico se deben realizar de manera escrita, fechada y fundada y, por lo tanto son pasibles de apelación ante el Tribunal tanto por el interno como por la defensa técnica del mismo. Contra esas resoluciones judiciales es viable la interposición de recurso de casación.

5.2.2. Tratamiento: actividades dirigidas a la reinserción social

La elaboración del programa de tratamiento que será aplicado a la persona privada de libertad, es uno de los actos penitenciarios que podríamos mencionar como de mayor importancia en la ejecución penal ya que debe, necesariamente, responder a la provisión de herramientas que necesita la persona para cumplir la finalidad del encierro: la reinserción social (conforme art. 1 de la LEP).

Dicho tratamiento, que forma parte de un programa que se basará en técnicas asistenciales, es individual y se elabora de acuerdo a la historia criminológica de cada uno de

los privados de libertad a fin de lograr el objetivo mencionado. El sometimiento a dicho tratamiento es independiente del avance en la progresividad del régimen penitenciario, pues no debe confundirse el tratamiento con el período que lleva ese mismo nombre y del que se deriva el avance en la progresividad.

Una particular distinción ameritan aquellas personas privadas de su libertad que tengan entre 18 y 21 años de edad. En esos casos, integrarán la población de jóvenes adulto/as y recibirán programas específicos de tratamiento de acuerdo a la edad que tienen.

El tratamiento que, como dijimos, es individual, deberá además atender a las condiciones personales, a los intereses y las necesidades reales de la persona privada de libertad, necesitará entonces de la participación activa a la par de voluntaria por parte del que se encuentra inmerso en el mismo. El carácter de voluntario nos permite entonces afirmar que no todas las personas necesitarán un tratamiento y tampoco, cuando sucediera lo contrario, podrán ser obligadas a cumplirlo. Es precisamente el período de observación (art. 13 de la LEP) el momento en que la administración recabará cuáles son las principales potencialidades positivas que tenga el interno, y es a partir de allí que se diseñará individualmente y se fijarán objetivos que debe cumplir el interno. Se dice que en dicho período se realizará el estudio médico, psicológico y social del interno, se formulará un diagnóstico y pronóstico, el mismo quedará asentado en la historia criminológica que cada uno de los internos tiene en la unidad penitenciaria. Es en ese momento que se recabará la cooperación del condenado para diseñar y programar su tratamiento tendiendo siempre a resaltar lo positivo por sobre lo negativo. La finalización del período de observación (que no puede durar más de 90 días) implica la asignación de un período y fase determinada al que debe ser incorporado el interno.

La RMTR N° 61 determina que es importante que durante el tratamiento, las personas privadas de libertad sigan entendiendo que no están excluidos de la sociedad sino que por el contrario, son parte de la misma. Por ello, se determina que cada establecimiento penitenciario deberá contar con la presencia de trabajadores sociales y de profesionales que permitan acompañar ese proceso.

La RMTR N° 65 determina que el tratamiento de los condenados *"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. Dicho tratamiento estará encaminado a fomentar en ellos el respeto de sí mismos y desarrollar el sentido de responsabilidad".*

Por ello, será importante —tal como menciona la RMTR N° 66— contar con asistencia religiosa, a la formación profesional, a la educación, al desarrollo físico.

Por otro lado, de acuerdo a la RMTR N° 70, deberá existir en cada establecimiento un sistema de privilegios que se adaptará a cada detenido o a cada grupo de ellos, propendiendo a lograr alentar la buena conducta, desarrollar el sentido de responsabilidad y promover el interés y la cooperación.

5.2.2.1. Unidades de terapia. Abordaje de acuerdo a las diferentes necesidades de los internos (agresores/ofensores sexuales, drogadependientes, etc.)

Las RMTR "apuntan hacia programas terapéuticos, pero no dan detalles sobre ellos, es decir, programas destinados al tratamiento de los problemas de conducta, incluyendo los delitos. Los programas, tales como saber controlar la ira y aprender a como decir "no", pueden ayudar a los reclusos a entender y a modificar su comportamiento, contribuyendo a la rehabilitación. Para problemas severos, como por ejemplo los delitos sexuales, se necesita de programas de especializados. Es importante un enfoque integrado, aprovechando las habilidades de las distintas disciplinas.

En muchos sistemas, como en la sociedad en general, la dependencia de las drogas (incluyendo el tabaco y alcohol) presenta problemas para el comportamiento y para la salud. Además de medidas de seguridad para reducir la entrada de drogas ilícitas a las prisiones, estas enfrentan una dura labor para tratar la dependencia. Se necesitan programas de desintoxicación compasivos y de reducción de daño a largo plazo, uniendo los aspectos médicos y sociales de la terapia.

Se necesita incorporar la educación de salud y prevención de riesgos en los programas para todos los presos, tomando en cuenta el sexo, la edad y el bagaje cultural. La población penal está expuesta al riesgo potencial por causa del uso de drogas y las enfermedades de transmisión sexual, como el VIH. Muchos reclusos han tenido poco o ningún acceso a la educación de la salud fuera de la prisión. La custodia conlleva la obligación de proveer programas tanto para la salud de los reclusos como para la salud pública en general.

Los programas terapéuticos funcionan principalmente mediante la información y el estímulo; la experiencia indica que la participación voluntaria de los presos es una condición necesaria para que dichos programas funcionen efectivamente"[83].

Funcionamiento de algunas cuestiones en la órbita del SPF

Se han implementado diversos programas que permiten abordar diferentes situaciones que padecen los privados de libertad intentando que su funcionamiento se asimile al de la vida libre teniendo nuevamente como eje, la reinserción social.

83. Cfr. Manual de buena práctica penitenciaria. Reforma Penal Internacional; 2. ed.; San José, C.R.: Guayacán, 2002. pág. 123 y siguientes.

Para el abordaje de algunas cuestiones vinculadas a la salud mental de las personas, se debe tener en cuenta las previsiones de la nueva ley de salud mental (Ley 26.657), que entiende a la misma como un derecho a contar con un tratamiento para el padecimiento en el ámbito psíquico y no busca realizar diagnósticos sobre la única base de *"falta de conformidad o adecuación con valores morales*[84]*".* La mencionada ley estableció como principio que la atención de la salud mental es un derecho (y esto incluye a los privados de libertad también) y por tal motivo, adquieren el derecho a recibir tratamiento y a ser tratado con la alternativa terapéutica más conveniente (de acuerdo a lo establecido por el art. 7 inciso d).

Uno de los casos que son abordados por el SPF es el de aquellas personas que son drogadependientes y que quieren rehabilitarse de ello. De ese modo, se crearon los llamados **Centros de Rehabilitación de Drogadependientes (CRD)** que funcionan en algunas unidades penitenciarias y en Complejos Penitenciarios donde se ubican en forma separada dentro de las instalaciones, pues requieren no sólo de infraestructura organizada diferente, sino de grupos terapéuticos específicos capaces de abordar la temática.

Para el caso de los Jóvenes Adultos existe el **Centro Federal de Tratamientos Especializados Malvinas Argentinas** cuya finalidad es a brindar la atención específica requerida por Ley N° 23.737, pretendiendo lograr la *"recuperación"* de jóvenes drogadependientes que necesitan tratamientos específicos.

> *"El tratamiento de desintoxicación y rehabilitación, previo consentimiento por parte del infractor, está estipulado en la Ley N° 23.737 que responsabiliza al SPF por la ejecución de la medida de seguridad comprendida por la disponibilidad de un lugar para la provisión del tratamiento de rehabilitación. Esta medida es aplicada por el juez de la causa, una vez que los expertos determinan la orientación terapéutica más adecuada, en función del grado de consumo y/o adicción y al delito cometido (…) El establecimiento de los CRD se fundamenta en el régimen penal de Estupefacientes (Ley 23.737) que ordenó que el SPF y los Provinciales la disposición de un lugar donde, en forma separada del resto de los demás internos, se pudiera ejecutar la medida de seguridad curativa que el tribunal fijara para los internos".*[85]
>
> *"Asimismo, se diseñaron programas de tratamiento ambulatorio como modalidad alternativa a los Centros de Rehabilitación de Drogodependientes para los siguientes perfiles: internos con antecedentes de abuso de sustancias psicoactivas que no presentan dependencia; internos con patología dual (drogodependencia y patología psiquiátrica de tipo psicótico); internos drogodependientes con rasgos psicopáticos graves; internos drogodependientes con comportamiento intracarcelario que no pueden ser contenidos en el CRD,*

84. El art. 3 inc. B establece: "En ningún caso puede hacerse diagnóstico en el campo de la salud mental sobre la base exclusiva de: b) Demandas familiares, laborales, falta de conformidad o adecuación con valores morales, sociales, culturales, políticos o creencias religiosas prevalecientes en la comunidad donde vive la persona.
85. *"Evaluación y recomendaciones para el perfeccionamiento de los programas de prevención y atención al uso de drogas y del VIH que se implementan actualmente en los establecimientos del SPF".* Informe de la misión de la ONUDD, del 21 al 25 de julio del 2008 disponible en http://www.unodc.org/documents

(posible tratamiento previo al ingreso); internos drogodependientes detenidos por delitos contra la integridad sexual, e internos drogodependientes detenidos por delitos de tráfico de estupefacientes. Estos programas de tratamiento ambulatorio fueron diseñados de acuerdo a las recomendaciones que ONUDD formuló en oportunidad de la Misión Diagnóstica que se realizó en julio de 2008: evaluación y recomendaciones para el perfeccionamiento de los programas de prevención y atención al uso de drogas y del VIH que se implementan actualmente en los establecimientos del Servicio Penitenciario Federal"[86].

El caso de los ofensores/agresores sexuales en la órbita del S.P.F: su abordaje

El SPF mediante el Boletín Público Normativo Nº 325 del 14/05/09 publicó el Programa de Tratamiento para internos condenados por delitos de agresión sexual. Con posterioridad y como consecuencia del programa, se confeccionaron los *"Aspectos básicos para la implementación del programa de tratamiento para internos condenados por delitos de agresión sexual".* Lo mencionado, se dio a conocer a través del Boletín Público Normativo Nº 401 del 1/11/10, a través de la Resolución Nº 1.923 correspondiente.

De acuerdo a la síntesis efectuada por la Dra. Laura Vera[87] y a lo mencionado, se considera al conjunto de agresores sexuales como un grupo heterogéneo (de acuerdo a su estructura) y por la diversidad de los hechos perpetrados. Por ello, se entendió que resultaba oportuno investigar el fracaso y las relaciones dialécticas del aparato psíquico en todo trastorno del pensamiento, afectividad y la sexualidad. Como todo tratamiento, lo importante es lograr la reinserción social.

De acuerdo a lo determinado por el propio SPF para acceder a dicho programa, el privado de libertad debe manifestar su voluntad de participar en el mismo (firmará un contrato de adhesión), deberá contar con algún diagnóstico que lo identifique como agresor sexual, sin que cuente con enfermedades somáticas o mentales y la prescripción del correspondiente tratamiento en el Programa de Tratamiento Individual.

Al grupo de ofensores se los divide en dos grupos: los que cumplen con condenas menores a los cuatro años y aquellos que deban estar en prisión por un tiempo mayor. El abordaje se divide en tres fases:

1. Dirigida a realizar una evaluación psicológica, con la aceptación de las pautas del programa. Teóricamente, en este momento los terapeutas, deberían indicar si se trata de un agresor sexual a víctimas desconocidas, en el ámbito familiar, a víctimas conocidas, a víctimas menores de edad y predadores sexuales.

86. Revista Española de Sanidad Penitenciaria, v.12 n.2 Barcelona jul. oct. 2010, "*Plan estratégico de salud en cárceles federales de Argentina*" D. Arcuri. Puede ser consultada en la web http://scielo.isciii.es/scielo.php?pid=S1575-06202010000200003&script=sci_arttext.
87. Vera, Laura. *"Tratamiento penitenciario para condenados por delitos contra la integridad sexual"* publicada en la Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, Ed. Abeledo Perrot; 2012, 11, págs. 1912 en adelante.

2. En otra fase, se requerirá el cumplimiento de los objetivos mencionados. Por tanto, el reconocimiento del delito y una figuración cognitiva clara y sostenida de los roles de perpetrador-perpetrado. El eje entonces, será lograr el autocontrol del privado de libertad.
3. En la última fase se determinará qué necesitará cada grupo en adelante.

Entendemos que este es uno de los mayores desafíos para los Sres. Defensores, toda vez que habría una contradicción entre la voluntariedad para someterse al tratamiento y el pretender que la persona sometida al mismo reconozca el hecho cuando no debiera ser motivo de análisis, a pesar de entenderse que quizás para lograr una adecuada reinserción social, los especialistas terapéuticos necesiten el reconocimiento. Debe entenderse que desde la Defensa corresponderá cuestionar dichos planteos cuando el requerimiento del reconocimiento (mientras se efectúa el tratamiento) influya en el avance de la progresividad, porque no es una cuestión que pueda ser valorada. Además, esta obligación solapada en reconocer su autoría en el hecho la garantía constitucional que prohíbe obligar a una persona a declarar contra sí mismo (CN, 18).

Desde el lado de la Defensa, podrá cuestionarse entonces si existe la libre voluntad del privado de libertad, sabiendo que no es posible lograr el éxito en un tratamiento que redunde en obligatoriedad. Adviértase que difícilmente sea voluntario, si la propia autoridad penitenciaria es la encargada de ejecutar las funciones terapéuticas.

Tal como indica la Dra. Laura Vera, en la obra ya mencionada en cuanto al derecho de defensa, conviene advertir lo siguiente: *"si bien nos encontramos ante un programa médico/psicológico, toda vez que redundará en las calificaciones del condenado, debe existir una instancia de revisión. En atención a que estas ciencias/saberes no son exactos resulta complejo poder contradecir lo dictaminado por el equipo tratante. Esta situación podría solucionarse si pudiera intervenir como contralor (para el caso de requerirse informes para solturas anticipadas o bien en las calificaciones trimestrales) el equipo forense de la defensa pública".*

5.3. Estudio jurídico. Chile

Para alcanzar la finalidad de prevención especial positiva, la mayoría de los sistemas penitenciarios reconoce la importancia de las acciones que favorezcan la reinserción social. Estas acciones componen lo que se identifica como tratamiento penitenciario. Para que el tratamiento pueda alcanzar el efecto deseado, es importante que cada persona privada de libertad sea reconocida, en la medida de lo posible, en su calidad de individuo, debiendo, en función de cada perfil recibir ya sea una capacitación o una intervención específica que aspire a ser eficaz y efectiva.

Las actividades, tanto de índole laboral como educativo, comúnmente forman parte del eje prioritario del programa de tratamiento de una persona privada de libertad. No

obstante, por razones metodológicas se acordó separar ambos puntos, habiendo sido desarrollados en los Capítulos 8 y 2, respectivamente.

Ante esa separación surgió el desafío de incorporar en este capítulo programas que abordasen otros ámbitos de intervención y funcionasen bajo la lógica de la reinserción social. Si bien no son muchos los programas que ejecuta Gendarmería de Chile que reúnan condiciones de sostenibilidad, de los existentes se optó por seleccionar aquellos que se han mantenido en el tiempo, logrando institucionalizarse y entregar elementos diferenciadores que los destacan respecto de otras intervenciones. Tal es el caso del "*Programa de tratamiento y rehabilitación en población penal adulta*", que enfrenta el problema del consumo problemático de drogas, y el "*Programa de Reinserción Social de Personas Condenadas por Infracción a La Ley Penal de los Centros Penitenciarios Colina I y II, Región Metropolitana y Centro Penitenciario de Valparaíso, Región de Valparaíso y Centro Penitenciario Concepción, Región del Biobío*", que atiende a población con alto y medio compromiso delictual, los que serán analizados más adelante.

5.3.1. Separación / segmentación (por género, edad y otros criterios)

5.3.1.1. Aspectos generales

Para aplicar un tratamiento penitenciario adecuado resulta de sumo interés identificar claramente a las distintas poblaciones que forman parte del sistema carcelario, intentando separarlos en grupos homogéneos de iguales características. Así, para cada grupo en particular, se deben diseñar estrategias específicas de intervención tendientes a su reinserción social. Esta es una labor imposible de realizar de no existir claridad respecto de la diferenciación de los grupos del colectivo penitenciario.

A nivel comparado, se distinguen dos principios relativos a la clasificación y distribución de los reclusos dentro del contexto de la organización de la ejecución de la pena: el Principio de Separación por categorías y el Principio de Diferenciación. Según el primero, las personas sujetas a una medida de seguridad deben estar separadas de personas condenadas a una pena privativa de libertad y los hombres deben estar separados de las mujeres. Por su parte, el principio de diferenciación se vincula directamente con la individualización de la pena. Bajo este principio los reclusos deben ser recluidos en establecimientos o secciones adecuadas a sus individuales necesidades de reinserción social (Laubenthal, 2003: 145). Las diversas necesidades de tratamiento importan el establecimiento de mayores o menores grados de seguridad dentro del penal, una oferta variada en actividades y programas de rehabilitación y personal especializado en dichos tratamientos.

5.3.1.2. Clasificación de la población penal

Por clasificación podemos entender la construcción formal de clases de reclusos así como la asignación de establecimientos y secciones creadas para cada uno de estos grupos (Laubenthal, 2003: 147).

A nivel internacional, diversos tratados e instrumentos recogen los objetivos y criterios de clasificación de la población penal. En cuanto a los objetivos, las Reglas 67, 68 y 69 de las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos señalan que los fines de la clasificación deberán ser:

a) Separar a los reclusos que, por su pasado criminal o su mala disposición, ejercerían una influencia nociva sobre los compañeros de detención;
b) Repartir a los reclusos en grupos, a fin de facilitar el tratamiento encaminado a su readaptación social. Para lo anterior se requiere, en cuanto fuere posible, de establecimientos separados o de secciones separadas dentro de los establecimientos para los distintos grupos de reclusos.

La Regla 69 de las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos recoge la vinculación entre clasificación y el principio de diferenciación señalando que tan pronto como ingrese en un establecimiento un condenado a una pena o medida de cierta duración, y después de un estudio de su personalidad, se establecerá un programa de tratamiento individual, teniendo en cuenta los datos obtenidos sobre sus necesidades individuales, su capacidad y sus inclinaciones. En la misma línea se pronuncia el Principio XIX de los Principios y Buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas, al señalar que las personas privadas de libertad pertenecientes a diversas categorías deberán ser alojadas en diferentes lugares de privación de libertad o en distintas secciones dentro de dichos establecimientos, según su sexo, edad, la razón de su privación de libertad, la necesidad de protección de la vida e integridad de las personas privadas de libertad o del personal, las necesidades especiales de atención, u otras circunstancias relacionadas con cuestiones de seguridad interna.

Criterios de clasificación

En cuanto a los criterios de clasificación, tanto el PIDCP (artículo 10.2), la CADH (artículo 5.4 y 5.5), las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos (Regla 8), las Reglas de Bangkok (Reglas 40 y 41), así como el Principio XIX ya mencionado, establecen como criterios básicos de separación: la calidad procesal, la edad y el motivo de la privación de la libertad, de tal forma que los detenidos y procesados en prisión preventiva estén separados de los condenados; los jóvenes de los adultos y los privados de libertad por razones civiles separados de aquellos que lo están por razones penales. Por su parte, el Principio XIX va más allá, estableciendo nuevas categorías o clases de reclusos que deben considerarse al momento de su ubicación en unidades penales o secciones de ellas. Estos grupos son las personas adultas mayores; los solicitantes de asilo y refugio y las personas privadas de libertad a causa de infracciones a las disposiciones sobre migración. Se establece que en caso de privación de la libertad de los dos últimos grupos, los niños y niñas no deberán ser separados de sus padres y no podrán ser recluidos en establecimientos destinados a condenados o acusados por infracciones penales. Finalmente, este Principio recoge una norma de trato que prohíbe utilizar la separación por categorías como justificación de medidas discriminatorias, imposición de torturas, tratos o

penas crueles, inhumanas o degradantes o condiciones de privación de libertad más rigurosas o menos adecuadas a un determinado grupo de personas y dispone que estos mismos criterios se observen durante los traslados.

Un elemento innovador es planteado en las Reglas de Bangkok, al incorporar la perspectiva de género, más allá de la tradicional separación por sexo, e indicar que los administradores de las prisiones elaborarán y aplicarán métodos de clasificación centrados en las necesidades propias del género y la situación de las reclusas, a fin de asegurar la planificación y ejecución apropiadas e individualizadas de programas orientados a su pronta rehabilitación, tratamiento y reinserción social (Regla 40). Los criterios a considerar para evaluar adecuadamente los riesgos y efectuar una clasificación de las reclusas de manera adecuada son los siguientes (Regla 41):

i. Tener en cuenta que las reclusas plantean un menor riesgo para los demás en general, así como los efectos particularmente nocivos que pueden tener las medidas de alta seguridad y los grados más estrictos de aislamiento en las reclusas;
ii. Posibilitar que a efectos de la distribución de las reclusas y la planificación del cumplimiento de su condena se tenga presente información fundamental sobre sus antecedentes, como las situaciones de violencia que hayan sufrido, su posible historial de inestabilidad mental y de uso indebido de drogas, así como sus responsabilidades maternas y de otra índole relativas al cuidado de los niños;
iii. Velar por que en el régimen de cumplimiento de condena de las reclusas se incluyan programas y servicios de rehabilitación que satisfagan las necesidades propias de su género;
iv. Velar por que se albergue a las reclusas que requieran atención de salud mental en recintos no restrictivos y cuyo régimen de seguridad sea lo menos estricto posible, así como por que reciban tratamiento adecuado en lugar de asignarlas a centros cuyas normas de seguridad sean más rigurosas por la exclusiva razón de tener problemas de salud mental.

En cuanto a la normativa nacional, tanto el Código Procesal Penal, la Ley Nª 20.084 sobre responsabilidad penal adolescente y su reglamento (artículos 17 y 56 de la ley y 154 del reglamento) así como el Reglamento de establecimientos penitenciarios recogen diversos criterios de clasificación. El artículo 150 del Código Procesal Penal dispone que la prisión preventiva se ejecutará en establecimientos especiales diferentes de los que se utilizaren para los condenados, o a lo menos, en lugares absolutamente separados de los destinados para estos últimos y el tribunal deberá adoptar y disponer las medidas necesarias para la protección de la integridad física del imputado, en especial aquellas destinadas a la separación de los jóvenes y no reincidentes respecto de la población penitenciaria de mayor peligrosidad.

El Reglamento de establecimientos penitenciarios recoge los criterios de clasificación de la normativa internacional en diversas disposiciones:

1. El artículo 13 se refiere a los criterios orientadores en la creación de establecimientos penitenciarios —sexo, edad, nivel de compromiso delictual, tipo de infracción, necesidades de reinserción social y necesidades especiales de seguridad y salud—.
2. El artículo 14 establece la creación de establecimientos dedicados a la atención especializada de detenidos, sujetos a prisión preventiva, y condenados. Cuando ello no fuere posible, en los establecimientos penitenciarios deberán existir dependencias para detenidos y, a lo menos, para sujetos a prisión preventiva, por una parte, y condenados, por otra, con las separaciones adecuadas.
3. Finalmente, el artículo 19 establece que en aquellos lugares donde no existan Centros penitenciarios femeninos, las mujeres permanecerán recluidas en dependencias separadas del resto de la población, sin perjuicio de que se incorporen a actividades conjuntas con la población penal masculina.

Más allá de los criterios legales de clasificación de la población penal, diversas disposiciones internas de Gendarmería de Chile incorporan otras variables o criterios que importan un mayor grado de segmentación. Ellos se orientan a contribuir a un adecuado nivel de seguridad y control de la población penal, evitar o disminuir el contagio criminógeno, mejorar la calidad de vida de los reclusos, favorecer el tratamiento penitenciario, contribuir a disminuir el deterioro físico y psicológico que provoca la reclusión, entre otros fines.

Los criterios incorporados son:

i. Tipo de delito: normalmente se consideran en esta variable los delitos sexuales, las faltas y los delitos de tráfico de estupefacientes. En relación a los primeros, dentro de la cultura carcelaria, éstos constituyen uno de los delitos más estigmatizantes. Este tipo de reclusos son frecuentemente hostigados por la población penal, pudiendo incluso ser objeto de graves agresiones por parte del resto de la población recluida, por lo que resulta imperiosa su separación total para asegurar su integridad psíquica y física. En cuanto a las faltas, se refieren al no pago de pensión alimenticia, daños menores, lesiones leves, infracción a la ley electoral etc. Este es un grupo que permanecerá durante un tiempo muy reducido bajo la custodia de Gendarmería, por lo que los esfuerzos deben encaminarse a minimizar los efectos deteriorantes de la reclusión. Para ello, la reclusión debe realizarse en lugares o secciones destinadas a primerizos, sin contacto alguno con otras poblaciones penales.
ii. Compromiso delictual. Este criterio de clasificación busca medir el grado de involucramiento o habitualidad del recluso en la actividad delictiva y se aplica tanto a imputados en prisión preventiva como a condenados. Permite segmentar a la población penal en las categorías de alto, mediano y bajo compromiso delictual. Se espera un comportamiento diferencial según compromiso delictual y por ende es necesario un tratamiento diferenciado en cada uno de los grupos. Esta variable se determina en una entrevista personal mediante la aplicación de un instrumento

que recoge variables diferenciadas por sexo, a las cuales se les asigna un determinado porcentaje el que arroja el índice de compromiso delictual de la persona. Es importante destacar que este instrumento no está diseñado para medir el riesgo de reincidencia ni tampoco puede pronosticarla, sino aborda únicamente el nivel de involucramiento del recluso con la actividad delictiva. Los reclusos con un índice alto de compromiso delictual son aquellos que presentarían una mayor vinculación con la actividad delictual, constituyéndose ésta en su principal actividad. El recluso con un índice mediano de compromiso delictual se caracteriza por un involucramiento significativo en el delito, pero sin reunir características o condiciones muy arraigadas, lo que otorga mayores posibilidades de reinserción social. Finalmente, el índice de bajo compromiso delictual se identifica normalmente con reclusos primerizos cuyas características le permiten grandes posibilidades de reinserción social.

iii. Adultos mayores. Esta población presenta necesidades especiales de salud y mayor dificultad para protegerse de posibles agresiones de las poblaciones más jóvenes, por lo que resulta necesario separarla del resto de la población penal.

iv. Reclusos con patologías psiquiátricas o desórdenes mentales severos. Normalmente presentan conductas poco adaptativas al sistema penitenciario, pudiendo incluso atentar contra su propia vida, por lo que la segmentación debe ser muy rigurosa generando puentes de contacto fluido con el sistema de salud con que cuente la unidad.

v. Reclusos con medida alternativa de reclusión nocturna. La ley Nº 18.216 que norma este tipo de reclusión parcial, que en términos ideales debería funcionar en dependencias o establecimientos distintos de las unidades penales cerradas, en la práctica es aplicada al interior de los establecimientos penales. Por ello, es necesario generar espacios adecuados para albergar a este grupo, el que no deberá tener contacto alguno con el resto de la población penal. Esto irá en directo beneficio tanto de la Unidad como del usuario de esta medida, ya que evitará el contacto minimizando el contagio criminógeno.

vi. Reclusos que gozan de la Salida Controlada al Medio Libre. A diferencia de la reclusión nocturna, estos beneficiarios son internos que luego de una permanencia prolongada en reclusión, producto de su positivo proceso de reinserción social, han sido beneficiados con salidas al medio libre. Estos beneficiarios están en un proceso de desinstitucionalización, por lo que están desvinculándose de la vida carcelaria. Por tanto, no es pertinente que tengan contacto con los reclusos, así como tampoco con los usuarios de reclusión nocturna, quienes no poseen experiencias de reclusión.

vii. Reclusos con necesidades de protección especial (aislados). En la mayoría de los penales existen internos que presentan problemas con el resto de la población penal. Normalmente se les denomina "*aislados*". Respecto de este segmento, no basta con una separación por condición procesal o compromiso delictual ya que en muchos de los casos expresan o manifiestan correr serio riesgo en la población penal, derivado de su conducta o acciones anteriores, ya sean éstas al interior de

los recintos penales o en la propia comunidad. Es por ello que se sugiere su segmentación total evitando en lo posible el contacto con el resto de la población.

A las anteriores consideraciones se agregan otros criterios como la orientación sexual, la calidad de ex uniformados, madres con niños lactantes, reclusos pertenecientes a alguna etnia, etc.

Finalmente, la infraestructura de la cual se disponga para la ubicación de los internos es de suma importancia, toda vez que las mejores técnicas aplicadas en materia de clasificación penitenciaria y el éxito de los planes y programas de reinserción social dependerán en gran medida de la disponibilidad de las instalaciones adecuadas.

5.3.2. Tratamientos para la reinserción

5.3.2.1. Tratamiento por drogo-dependencia

No existen referencias explícitas en la normativa internacional sobre la necesidad de contar con un tratamiento por consumo problemático de drogas en el contexto penitenciario. Ello, a pesar de que gran parte de los sistemas penitenciarios ha reconocido la importancia de la reintegración social como finalidad de su gestión y que el consumo de sustancias psicoactivas constituye un factor de riesgo preocupante en el comportamiento delictivo.

La única norma internacional que expresamente se refiere a este punto son las Reglas de Bangkok, que en la Regla 15 señala que "*los servicios penitenciarios de salud deberán suministrar o facilitar programas de tratamiento especializado del uso indebido de drogas para las mujeres, teniendo en cuenta su posible victimización anterior, las necesidades especiales de las mujeres embarazadas y las mujeres con niños y la diversidad de sus tradiciones culturales*".

La relación entre las drogodependencias y la conducta delictiva ha sido estudiada con fuerza desde fines del siglo pasado. Hoy existe una asociación innegable, pero aún no se ha podido establecer con exactitud el vínculo exacto entre ambas conductas, ni de qué manera una puede influir en la génesis de la otra.

Dada la importancia del abordaje de consumo problemático de drogas en personas privadas de libertad, Gendarmería de Chile y el Servicio Nacional para la Prevención y Rehabilitación del Consumo de Drogas y Alcohol (SENDA), pusieron a disposición de la población penal adulta de Chile el "*Programa de tratamiento y rehabilitación en población penal adulta*". Fue así, que el año 2000, Gendarmería de Chile y el Consejo Nacional para el Control de Estupefacientes (CONACE), del Ministerio del Interior (CONACE luego fue remplazada por el SENDA), firmaron un convenio de colaboración para diseñar en conjunto un programa de tratamiento y rehabilitación para el consumo problemático de drogas de la población penal adulta. Esto se tradujo en la creación de Centros

de Tratamiento y Rehabilitación en diversos centros penales del país, los que iniciaron su funcionamiento en el año 2003, llegando el año 2013 a contar con 15 centros en funcionamiento en el subsistema cerrado, distribuidos en 10 regiones: Arica y Parinacota, Tarapacá, Antofagasta, Valparaíso, Maule, Biobío, Araucanía, Aysén, Magallanes y Metropolitana. Se destaca durante el 2013 la creación de tres nuevos centros de tratamiento (en cárceles de Aysén, Punta Arenas y Antofagasta) y la ampliación de la cobertura de atención del centro que funciona en el Centro Penitenciario Femenino de Santiago. La cobertura neta de personas atendidas al mes de diciembre de 2013 alcanzó a 1.143 internos (703 hombres y 440 mujeres) en las distintas modalidades de tratamiento: pre-tratamiento (bajo umbral), tratamiento (alto umbral) y seguimiento.

Este programa pretende "*crear las condiciones institucionales para favorecer un estilo de vida saludable dentro de los recintos penitenciarios, promocionando los beneficios de una vida comunitaria pro social, limpia y libre del consumo de drogas en aquellos internos que presentan un mayor nivel de vulnerabilidad, de tal modo de responder satisfactoriamente tanto a las políticas nacionales de prevención secundaria del delito como a las políticas de prevención y rehabilitación de personas adictas a sustancias ilícitas...*". (Convenio de Colaboración Gendarmería de Chile-CONACE, 2000). Por lo tanto, su objetivo es contribuir a rehabilitar a las personas que presentan consumo problemático de drogas que ingresan a los Centros de Tratamiento de Adicciones del subsistema cerrado y abierto. El ingreso a este programa de tratamiento es voluntario.

5.3.2.2. Programa de Reinserción Social de Personas Condenadas por Infracción a La Ley Penal de los Centros Penitenciarios Colina I y II, Región Metropolitana y Centro Penitenciario de Valparaíso, Región de Valparaíso y Centro Penitenciario Concepción, Región del Biobío

El programa de reinserción social de personas condenadas por infracción a la Ley Penal se enmarca en las orientaciones y principios del Plan de Seguridad Pública "*Chile en Paz*" y en las iniciativas impulsadas por Gendarmería de Chile en materia de reinserción social. Para el Ministerio del Interior el programa se orienta en uno de los ejes de la Estrategia Nacional de Seguridad Pública, la que constituye el principal instrumento de gestión del gobierno.

El año 2007 el Ministerio del Interior y Seguridad Pública, a través de la entonces División de Seguridad Pública, hoy Subsecretaría de Prevención del Delito, diseñó y concretó la puesta en marcha de un programa piloto mediante un convenio de colaboración con Gendarmería de Chile. Mediante dicho piloto, se establecieron programas de intervención tanto en el Medio Cerrado como en Medio Libre, los que se encuentran insertos en las siguientes unidades penales y centros de reinserción social (en adelante CRS): Región Metropolitana: Colina I, Colina II y Centro de Reinserción Manuel Rodríguez; V región: CCP Valparaíso y CRS. Durante el gobierno anterior (de Sebastián Piñera: 2011-2014) el programa se insertó en la estrategia de seguridad denominada "*Chile Seguro*", vinculándose al ámbito específico de la Rehabilitación y Reinserción Social,

donde el objetivo de esta área está asociado a evitar o disminuir el nivel de reincidencia de personas infractoras a la ley penal, aportando así al "*cierre del ciclo del delito*" (Ministerio de Interior y Seguridad Pública, y Gendarmería de Chile, 2012). Estos programas han estado bajo la ejecución de Gendarmería de Chile, pero siendo gestionados por el Ministerio del Interior. No obstante, actualmente se está proyectando el traspaso integral del Programa a la órbita de Gendarmería.

El objetivo general del programa es facilitar y apoyar el proceso de reinserción social de penados que cumplen condena en las unidades de CCP Colina II, CCP Colina I, CP Valparaíso y CP Concepción, incluidos entre ellos los usuarios que acceden a permisos de salida dominical y salida de fin de semana; y aquellos que gozan del beneficio de salida controlada al medio libre y que forman parte de la población objetivo del programa, contribuyendo con ello a reducir el riesgo de reincidencia delictual.

Capítulo 6. Relaciones con el mundo exterior

6.1. Introducción

Como hemos manifestado en Capítulos anteriores y ha sido invocado en textos internacionales y nacionales, los fines de la ejecución de la pena privativa de libertad se resumen en el principio de resocialización. Así, por ejemplo, se ha reconocido expresamente en la Convención Americana de Derechos Humanos, al disponer que "*las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados*" (artículo 5.6). Conforme con ello, debe diseñarse el régimen penitenciario, facilitando vías que mantengan abiertas las relaciones con el mundo exterior. En aras de cumplir estos objetivos, se ha instaurado el principio de normalización penitenciaria, conforme al cual la vida que se desarrolla en prisión debe asemejarse lo más posible y siempre que las circunstancias lo permitan a la vida en el exterior. Las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos consideran como conveniente que, antes del término de la ejecución de una pena o medida, se adopten los medios necesarios para asegurar al interno un retorno progresivo a la vida en sociedad.

En este capítulo vamos a abordar el estudio de las llamadas relaciones con el mundo exterior, comenzando por el fundamento de tales medidas. Asimismo, nos vamos a referir a las diferentes modalidades de salidas que se encuentran mas generalizadas en el derecho comparado, tales como los permisos ordinarios y los extraordinarios, que significan en cierta medida la presencia del penado en la sociedad libre, como preparación para su vida en libertad.

En este mismo contexto, se examinará la comunicación en el interior, con el análisis de las visitas íntimas y familiares; las comunicaciones orales; las comunicaciones epistolares y telefónicas y, finalmente, el acceso a los medios de comunicación. La amplia gama de contactos con el exterior durante la ejecución de la pena privativa de libertad ha permitido comprobar empíricamente las posibilidades de modulación que tiene la libertad humana. Experiencias muy novedosas cuyo origen apenas tiene un siglo. Porque con anterioridad la prisión había sido concebida de modo monolítico sin fisuras ni posibilidades de ningún tipo que permitieran combinar la condición de interno con las salidas al exterior.

Estas experiencias se iniciaron con los sistemas progresivos y se han expandido de forma muy considerable en todos los países. Las salidas al exterior ofrecen la posibilidad de alcanzar unos índices muy elevados y recomendables de individualización de la pena durante su ejecución.

6.1.1. El fundamento de las relaciones con el mundo exterior

Si la finalidad del tratamiento penitenciario se orienta a la resocialización del penado, preparándolo para su reingreso en la sociedad, tal premisa debe construirse a partir del reforzamiento de las relaciones con el exterior, moderando así el desarraigo que la pena privativa de libertad conlleva con respecto a la sociedad a la que pretenden retornar. En cierta forma la proliferación de estos contactos asociados a los fines resocializadores son la mejor de las pruebas de la imposibilidad de alcanzarlos mediante la privación de libertad. Cuando el legislador quiere introducir un instituto jurídico penitenciario a partir de estos fines no tiene más opciones que abrir la prisión para permitir que los internos puedan comunicarse con el mundo libre y alejarse de ella hasta donde sea posible.

Sin embargo, los contactos con el mundo exterior no se inspiran únicamente en estas ideas, de ser así no tendrían el carácter universal que presentan, pudiendo beneficiarse de ellos cualquier interno sea cual sea su condición. Más allá de los fines resocializadores los contactos con el mundo exterior humanizan este castigo, procuran que la prisión no rompa de forma irreversible las relaciones del interno con su familia o allegados. Es pues una manifestación del principio de humanización que inspiran en gran medida las modernas políticas penitenciarias como la única alternativa posible, que puede evitar el retroceso a las prisiones custodiales, una vez que se ha verificado la imposibilidad de resocializar mediante el castigo.

Los contactos con el exterior no tienen un objetivo disciplinario pero, no obstante, pueden ser empleados —y se suelen emplear— como instrumentos muy eficaces para lograr la pacificación de un establecimiento y estimular la convivencia ordenada. Tanto mediante su restricción, como sanción, como ofreciendo contactos extraordinarios, como recompensa.

6.1.2. La presencia del penado en la sociedad libre durante la ejecución

En cumplimiento de estos principios, el Consejo de Europa ha destacado el significado penitenciario del permiso de salida recomendando a los Estados miembros que aquél se conceda en la forma más amplia posible por motivos médicos, educativos, profesionales, familiares, etc., debiendo alcanzar por igual no sólo a los internos de las prisiones de régimen abierto, sino también a las prisiones de régimen cerrado a condición de que esto no sea incompatible con la seguridad pública.

Es una opinión generalmente aceptada a nivel penitenciario internacional, aquella que considera que las formas de salida de prisión propician la resocialización del penado, reforzando sus contactos con el mundo exterior. En los casos en los que el interno es autorizado a visitar su casa, el estigma que provoca la pena privativa de libertad se ve mitigado, propiciando, asimismo, el mantenimiento de los lazos familiares y con amigos.

Como ejemplo de las muchas modalidades que permiten estas salidas al exterior podemos mencionar un ejemplo del sistema penitenciario alemán. Se trata de modelos mixtos, en este caso, concebidos como beneficio penitenciario (en detalle, véase Capítulo 7). Quizás la peculiaridad de esta figura, a la que nos referimos, es que busca soluciones intermedias para aquellos casos en los que la salida plena no es posible. Se denomina *Besuchsausgang* (salidas en lugar de visitas) y consiste en posibilitar a los internos reunirse con sus visitas fuera del establecimiento penitenciario por periodos cortos de tiempo de una o varias horas.

Casi toda la normativa internacional insisten en la conveniencia de potenciar estos contactos y los relacionan directamente con el compromiso resocializador. Especialmente expresa es la Recomendación Núm. R (82) 16 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre permisos penitenciarios (aprobado el 24 de septiembre de 1982). La Recomendación afirma, inter alia, como sigue: "*El Comité de Ministros, en virtud de los términos del artículo 15.b del Estatuto del Consejo de Europa… Considerando que el permiso penitenciario es uno de los medios de facilitar la reintegración social del prisionario;*

Visita la experiencia en este campo;

Recomienda a los gobiernos de los Estados miembros:

1. *Conceder permisos penitenciarios en la medida de lo posible por motivos médicos, educativos, ocupacionales, familiares y sociales;*
2. *Tener en consideración para conceder los permisos:*
   - *la naturaleza y gravedad del delito, la longitud de la condena trascurrida y el período de prisión provisional completado,*
   - *la personalidad y conducta del prisionario y el riesgo, si existiera, que puede presentar para la sociedad,*
   - *la situación familiar y social del prisionero que puede haber cambiado durante la reclusión:*
   - *el propósito del permiso, su duración y sus términos y condiciones;*
3. *Conceder los permisos tan pronto y frecuentemente como sea posible teniendo en cuenta los factores mencionados anteriormente.*
4. *Conceder permisos penitenciarios no sólo a prisioneros en régimen abierto sino también aquellos en régimen cerrado siempre que no sea incompatible con la seguridad pública (…)*

9. *Informar al prisionero, en la medida de lo posible, de las razones de denegación de un permiso,*
10. *Proporcionar los medios para que esa denegación pueda ser revisada…".*

En otras ocasiones se ha exigido a los países que aseguren, al menos, unas salidas circunstanciales, como la de permitir que los penados puedan estar presente en casos de fallecimiento o enfermedad de algún pariente (regla 44.2 Reglas Mínimas de Ginebra).

El desarrollo de los contactos con el mundo exterior, especialmente, aquellos que permiten la salida del interno no siempre son aceptados pacíficamente por la opinión pública. No es extraño que los medios de comunicación se hagan eco en tono crítico sobre estas medidas de excarcelación adelantadas. Por esta razón el éxito de estos programas dependen de manera muy significativa de una correcta selección de los internos que van a disfrutar de las salidas para evitar incidencias negativas. Algunos trabajos empíricos han evaluado los factores de riesgos, en el sentido solo de no retorno al centro. Así, por ejemplo, es mayor el riesgo de fracaso cuando se trata de un interno soltero, joven, extrovertido, con un nivel de ansiedad alto, condenado por un delito contra la propiedad, llevando menos de un año internado o faltándole menos de dos para salir definitivamente, cumpliendo alejado de su medio familiar o social, en un centro de malas condiciones, cuando es el primer permiso, cuando se disfruta en periodos vacacionales o se es extranjero. Todas estas circunstancias deben ser ponderadas por los órganos que competentes para evitar que un fracaso obligue a restringir el disfrute de los permisos a quienes son inocentes.

6.1.2.1. Los permisos ordinarios

Se trata del contacto con la sociedad libre de mayor alcance ya que el interno egresa en absoluta libertad durante el periodo de tiempo que dure el permiso. Le denominamos ordinario porque se distribuye, por lo general, de forma regular a lo largo del tiempo penitenciario. En este sentido, tiende a concebirse como un elemento objetivo de la ejecución. A veces como medida complementaria se obliga al interno a personarse en determinadas dependencias oficiales, o a no acudir a determinados lugares o se le obliga a residir en un sitio concreto. Para estas últimas obligaciones complementarias se emplean cada vez con mayor frecuencia los controles telemáticos. La concesión del permiso, allá donde está contemplado por la legislación, es, por lo general, potestativa y, por las razones antes apuntadas, se condiciona al informe preceptivo de un equipo técnico. La denegación del mismo debe realizarse mediante decisión motivada para que el interesado pueda recurrirla, si no está conforme con ella.

Una correcta gestión en la concesión y organización de estos permisos garantizan un éxito muy alto, con muy pocas incidencias negativas y casos de no retorno. Apenas alcanzan un tres por ciento los casos de fracaso, entendido este término en un sentido general.

La cuestión relativa a su naturaleza jurídica ha suscitado un enconado debate. La legislación de Luxemburgo, por ejemplo, reconoce expresamente al permiso ordinario penitenciario como auténtico "*privilegio*" (Boulouis contra Luxemburgo (PROV 2012, 122542, GS, núm. 37575/04, TEDH 2012). Por el contrario, la legislación española no hace mención expresa de la categoría de dicho instituto, sólo se utiliza la expresión "*podrá concederse*", lo que indica que las autoridades penitenciarias disfrutan de un cierto grado de discreción para decidir si se concede o no. Sin embargo, este factor no es concluyente y debe prestarse atención a la interpretación de esta disposición por los tribunales nacionales.

Frecuentemente, la jurisprudencia de países de nuestro ámbito cultural ha declarado repetidamente que el permiso penitenciario no constituye un derecho subjetivo o fundamental. "*Aunque el preso cumpla los requisitos legales para la concesión del permiso, la administración penitenciaria puede denegarlo por razones que son consistentes con los objetivos constitucionales y legales del permiso*" (Vid. SSTC 112/1996, 2/1997, de 13 de enero, 88/1998, de 21 abril y 204/1999, 8 noviembre). Sin embargo, a nuestro juicio, la evolución en el derecho comparado va en sentido inverso, de forma que se tienden a conceder de forma generalizada, salvo que, excepcionalmente, concurran razones que hagan recomendable su denegación. Distintas razones respaldan esta opinión. En primer lugar, hemos de tener en cuenta que estos permisos son un instrumento imprescindibles para hacer compatible en unos términos mínimos la condición de privado de libertad con los derechos a la familia y al desarrollo integral de la personalidad, cuyo núcleo esencial, como tal derecho no deber verse afectado por la condición de interno. Por otra parte, la concesión generalizada de estos permisos hace que la prisión rebaje considerablemente sus peores defectos; la prisionalización, las mafias carcelarias, las tensiones se ven considerablemente relajadas si a la población penitenciaria se le permite seguir disfrutando de estos contactos mínimos periódicos con el exterior.

Las consecuencias prácticas de ser considerado como derecho y no como beneficio son muy destacadas. De ellas podemos destacar las siguientes:

- Solo podrá limitarse este derecho si así lo establece una ley.
- La Administración penitenciaria tendrá que conceder el permiso cuando concurran los requisitos legales.
- Los internos tienen que tener reconocidas unas vías de queja ante los tribunales ordinarios para exigir y garantizar el reconocimiento de este derecho.
- Las normas que recogen las condiciones de acceso a este derecho se deben interpretar de forma favorable al reo y de conformidad con los principios que inspiran el sistema.

6.1.2.2. Los permisos extraordinarios

A diferencia de los anteriores estos no son elementos objetivos de la ejecución de la pena, sino excepciones motivadas por diversas circunstancias, tales como muerte o

enfermedad grave de familiar o allegado, o persona vinculada sentimentalmente, alumbramiento de la pareja del penado, contraer matrimonio. El carácter finalístico de estos permisos, a diferencia de los anteriores, hace recomendable que tengan la máxima flexibilidad en cuanto a su duración y las condiciones en las que se va a producir, en atención a la razón que lo justifica y el grado de peligrosidad que tenga el interno. Este permiso es generalista y debe estar prevista su aplicación para toda la población penitenciaria con independencia de su condición penal y procesal.

La fundamentación de estas autorizaciones se justifica por razones humanitaria, sin estar restringida por ello, respecto a su concesión, con la excepción de la adopción de aquellas medidas de seguridad convenientes.

Las principales críticas que se han esgrimido contra los permisos ordinarios y extraordinarios radican en el riesgo o peligro tanto de quebrantamiento de condena, como de posible comisión de un nuevo delito. Sobre este extremo resulta muy significativa la Decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sección 3ª, Caso Jaurrieta Ortigala contra España, de 22 enero 2013. El demandante, ciudadano español, presentó su demanda ante el Tribunal cuando estaba cumplimento condena de cuatro años y un mes impuesta por la Audiencia Nacional y una condena de quince meses impuesta por el juzgado de lo penal número 4 de San Sebastián por delitos contra la salud pública y conducta amenazadora. El 19 de enero de 2006, la Junta de prisiones le denegó un permiso penitenciario ordinario. El 7 de marzo de 2006, el Juez Central de Vigilancia Penitenciaria de Madrid confirmó el rechazo de la Administración penitenciaria debido a que el demandante podía violar las condiciones de su permiso (riesgo del 25%), por encontrarse el demandante pendiente aún de otros procedimientos penales ante los tribunales, y no habiendo garantía de que el permiso, caso de ser concedido, fuese debidamente utilizado.

Sin embargo, deslegitimar la aplicación de la estas medidas y lo pernicioso de las mismas sobre meras conjeturas o presunciones no es un argumento sólido, que en absoluto puede deslucir las innumerables ventajas que los permisos de salida conllevan, dirigidos básicamente a preparar al interno para su reingreso a la vida exterior.

6.1.3. Las comunicaciones en el interior

El Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión establece que "*toda persona detenida o presa tendrá el derecho de ser visitada, en particular por sus familiares, y de tener correspondencia con ellos y tendrá oportunidad adecuada de comunicarse con el mundo exterior, con sujeción a las condiciones y restricciones razonables determinadas por la ley o reglamentos dictados conforme a derecho*" (Principio 19). En términos parecidos se expresan las Reglas Mínimas para el tratamiento de los internos decretando que "*los reclusos estarán autorizados para comunicarse periódicamente, bajo la debida vigilancia, con su familiares y con amigos de buena reputación, tanto la correspondencia como mediante visitas*" (Regla

37) y, también, los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas articulan el contacto con el exterior de los penados, al reconocer que "*las personas privadas de libertad tendrán derecho a recibir y enviar correspondencia, sujeto a aquellas limitaciones compatibles con el derecho internacional; y a mantener contacto personal y directo, mediante visitas periódicas, con sus familiares, representantes legales, y con otras personas, especialmente con sus padres, hijos e hijas, y con sus respectivas parejas. Tendrán derecho a estar informadas sobre los acontecimientos del mundo exterior por los medios de comunicación social, y por cualquier otra forma de comunicación con el exterior, de conformidad con la ley*" (Principio XVIII).

Las comunicaciones son en un análisis de derecho comparado las formas más empleadas de posibilitar los contactos con el mundo exterior. Aunque no tienen las ventajas de la excarcelación, si resultan muy segura gracias a la moderna tecnología y muy económicas, ya que la población no se desplaza, sino que lo hacen sus familiares.

Generalmente, las legislaciones disponen que toda la población pueda disfrutar de las comunicaciones salvo los sancionados o los que se encuentren incomunicados por orden judicial. Para facilitarlas se debe siempre contemplar excepciones a los calendarios comunes para casos de extranjeros o de internos desubicados de su región.

Las comunicaciones deben disfrutar de la máxima privacidad, de manera que solo se establezca un control visual, pero no se intervengan los contenidos de las conversaciones, por lo tanto se puede emplear la lengua que se desee. En caso de que esto suceda deberá mediar la correspondiente orden judicial. No obstante, cabe la suspensión de la comunicación cuando el interno o la visita no tengan un comportamiento correcto. Por su trascendencia es conveniente que sea a una autoridad judicial a quien corresponda aprobar la suspensión.

El interno puede negarse a comunicar, incluso, cuando se trata de una visita de la autoridad judicial, salvo en aquellos casos en los que el proceso no permite eludir la obligación de personarse en el juzgado a instancias del juez que lleva la causa penal.

Una cuestión compleja que no encuentra una solución unívoca en el derecho comparado es la relación que debe existir entre el interno y los visitantes. Por lo general estos quedan circunscritos al círculo de familiares, pero semejante restricción, aparte de no estar en sintonía con la evolución de la familia en el mundo actual, representa un privilegio tribal escasamente justificado. La condición de familia no es ni mejor ni peor que la de amigo o conocido, en consecuencia, restringir solo a aquellos el derecho de visita es una limitación injustificada del derecho al ejercicio de un derecho fundamental de los internos. Otra cosa distinta es excluir ciertas personas cuando median los correspondientes informes, policiales, judiciales o penitenciarios que justifican esa decisión. En estos casos debe notificarse al interno este extremo para que, si lo desea, pueda recurrir la no autorización.

6.1.3.1. Las visitas íntimas y de grupo familiar

I. Con la pretensión de "*normalizar*" la vida en la prisión, facilitando que el interno mantenga sus relaciones con familiares, evitando la desconexión de la sociedad la legislación comparada penitenciaria contempla la "*visita íntima*", intentando paliar el problema sexual que padecen las personas privadas de libertad quienes, por estar recluidos en un centro penitenciario, se hallaban impedidos de mantener relaciones sexuales.

Desde un punto terminológico han sido varias las acepciones que se han utilizado, por ejemplo, "*visita conyugal*", "*visita sexual*", "*vis a vis*", siendo preferible adoptar el vocablo "*visita íntima*", al ser el más omnicomprensivo de todos los términos empleados, si tenemos en cuenta que el objetivo de esta medida reside en la *"intimidad de la visita*". Asimismo, esta terminología es más correcta al englobar tanto los contactos conyugales, como los extraconyugales.

Entre las causas que despertaron el interés de la doctrina por el tema de la sexualidad en las prisiones puede citarse las posibles desviaciones que se podían derivar a raíz de la privación de libertad. Si los internos, separados por razón de sexo, obligados a una castidad forzada, sólo podían entrar en contacto con internos del mismo sexo, podrían, finalmente, derivar en agresiones homosexuales. En segundo lugar, la abstinencia obligatoria, que conlleva la reclusión sin sexualidad, genera un aumento de la agresividad en las relaciones humanas en el centro penitenciario, provocan frecuentes tensiones y motines carcelarios. Una sociedad sin relaciones sexuales y afectivas es una sociedad artificial y violenta. Las visitas íntimas atenuarían no sólo la privación de libertad, sino especialmente contrarrestaría las carencias sexuales originadas por un largo período de tiempo de internamiento, y, de igual forma, las afectivas.

Teniendo en cuenta que con estas visitas se pretende hacer compatibles la ejecución de la pena con la satisfacción de las naturales necesidades sexuales y afectivas del ser humano, debe establecerse un ambiente idóneo para expresar las mismas. En aras de poder ejercitar este derecho, la legislación internacional prescribe que los centros penitenciarios dispongan de locales ad hoc, adecuados para celebrar este tipo de visitas. Por lo tanto, previamente a la concesión de estas visitas deben adecuarse las condiciones arquitectónicas de los centros penitenciarios, al objeto de proporcionar el recato y decoro que tal comunicación requiere. No se trata solo de asegurar un mobiliario adecuado y garantizar una privacidad, sino que, también, debe procurarse un contexto mobiliario que permita olvidar aunque sea en un espacio reducido las instalaciones penitenciarias. Por otro lado, la frecuencia de las visitas se ve muy condicionado por la disponibilidad de recursos. Especialmente en las prisiones de grandes dimensiones es imposible atender de forma razonable los deseos de acceder a estas visitas. Conviene recordar lo que ya han establecido las normas internacionales en el sentido de que el ejercicio de derechos fundamentales, como en este caso, no puede limitarse o negarse por razones de no disponibilidad de recursos. Es posible y, por tanto, de obligado cumplimiento tener unas instalaciones para estos encuentros en proporción al volumen de población penitenciaria. Alegar razones

presupuestarias no es más que una coartada que expresa ante todo falta de compromisos con una política penitenciaria acorde con el Estado de Derecho.

Como cualquier derecho reconocido a los internos, las leyes penitenciarias admiten la posibilidad de su restricción, en aquellos casos en los que tales contactos con el exterior supongan un peligro para la seguridad de la vida en prisión. Ciertamente, las visitas de esta naturaleza generan riesgos de que puedan ser empleadas para la introducción en el establecimiento de artículos prohibidos. Para prevenir estos riesgos no solo pueden prohibirse las visitas íntimas o familiares a ciertos internos o a ciertas personas del exterior, sino que pueden suspenderse. Como en las demás ocasiones la resolución debe motivarse, para que el afectado pueda recurrirla, si lo desea, ante la autoridad judicial competente.

II. En el plano de la legislación internacional, las "*visitas íntimas*" han sido expresamente reconocidas por relevantes textos internacionales; valga, como ejemplo, las Normas Mínimas penitenciarias (1971), donde se dispone que "*la visita íntima tiene por finalidad principal el mantenimiento de las relaciones maritales del interno en forma sana y moral*". La terminología utilizada por las Normas Mínimas, con expresa referencia a la moral en nada es acorde con los principios que rigen en un Estado Social y Democrático de Derecho. Sin embargo, la proyeccción de criterios morales sobre las visitas íntimas es lamentablemente muy frecuente. De forma explícita o no legisladores y jueces invocan unos criterios morales restrictivos que no se exigen a las personas en la sociedad libre.

Finalmente, las Reglas Mínimas de Ginebra han contemplado asimismo la sexualidad de los internos, en los siguientes términos: "*A los internos casados de uno u otro sexo podrá permitírseles, a su requerimiento, visitas privadas de los cónyuges, sin tomar en cuenta la calificación de su conducta, una vez que, adecuadas las condiciones de la arquitectura, pueda ésta proporcionar el recato y el decoro que inspira la institución matrimonial*" (Regla 52). "*La Administración penitenciaria podrá permitir a los demás internos la visita privada de personas de otro sexo en locales agrupados. Nunca podrá hacerlo en el mismo lugar donde los casados reciben a sus cónyuges*" (Regla 53).

El principio de normalización que debe inspirar el sistema penitenciario entraña que los contactos sexuales entre los internos y sus parejas deberían autorizarse bajo condiciones absolutamente normales, lo que implicará, asimismo, proveer medios anticonceptivos y profilácticos (Regla 60. 1 Reglas Mínimas).

En la jurisprudencia europea han sido frecuentes las demandas que se han interpuesto alegando la vulneración de artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos que garantiza que "*toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia*" (artículo 8.1). En la Demanda nº 6564/74, decisión de 21 de mayo de 1975, el demandante cumplía una pena privativa de libertad, y alegaba su privación de proseguir con su vida conyugal. A este respecto, consideró la Comisión que "*habida cuenta de la legislación y de la práctica de los Estados partes en el*

Convenio en esta materia (…) el sistema que prohíbe a los detenidos recibir la visita de su mujer en prisión, era admisible en virtud de las disposiciones del párrafo segundo del artículo 8, que autoriza la injerencia de una autoridad pública, siempre que sea necesaria la seguridad pública".

III. Otro aspecto controvertido que la "*visita íntima*" plantea como contacto con el exterior es la cuestión relativa a su naturaleza jurídica. Históricamente, esta media fue considerada una recompensa penitenciaria, conectada con la idea de expiación y castigo que el delincuente privado de libertad cumplía. Con la evolución del sistema penitenciario, abandonando esa idea de expiación, la "*visita íntima*" reviste, más correctamente la naturaleza de derecho del interno, que si bien es privado de la libertad ambulatoria, conserva, no obstante, su derecho a la libertad sexual.

Al igual que ha sucedido con relación al control e interceptación de correspondencia, ha sido muy abundante la jurisprudencia europea con relación a las visitas en los establecimientos penitenciarios. En concreto, en la Demanda nº 1983/63, Decisión parcial del 13 de diciembre de 1965, se interpuso una demanda por parte de quien alegaba no haber sido autorizado a recibir visitas durante su detención. Circunstancia especialmente agravado por el hecho, además, de ser extranjero. La Comisión Europea rechazó la demanda interpuesta, esgrimiendo los siguientes argumentos: "*Considerando que… habida cuenta de las observaciones formuladas por el gobiernos sobre este punto, no está claro si el requirente no ha recibido, o en qué medida, la autorización para tener visitas. Que, no obstante, en la medida en que el derecho del requirente a que respeten su vida privada se ha visto limitado, las restricciones impuestas parecían dictadas, según las autoridades, por el riesgo de que utilizara esos contactos personales a fines ilegales; que el requirente no ha demostrado que el punto de vista de las autoridades carecía de fundamento o de motivos razonables; que la Comisión, basándose en las observaciones del gobierno, está también convencida de que esas restricciones eran compatibles con la legislación del Estado acusado); que, por consiguiente, las medidas de que se queja el requirente eran compatibles en los términos del artículo 8.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos que admite, en particular, tal injerencia en el ejercicio del derecho al respeto de la vida privada en la medida en que "está prevista por ley y constituye una medida necesaria en una sociedad democrática para la prevención de las infracciones penales*".

IV. Al socaire del estudio de las visitas íntimas y del grupo familiar, se ha suscitado una cuestión controvertida relativa a la legitimidad de los registros corporales de los familiares visitantes que acuden al establecimiento penitenciario. Se plantea un delicado problema de conflicto de intereses entre las necesidades de seguridad y el derecho a las relaciones con el exterior, si tenemos en cuenta que éstos no están cumpliendo ningún tipo de condena, y gozan plenamente de todos sus derechos y libertades.

¿Es legal someter a un registro corporal a la persona (no reclusa) que acude a un centro penitenciario para llevar a cabo una comunicación íntima con un interno? Como es

sabido, el derecho a la intimidad personal reconocido en todos los textos y convenios internacionales aparece configurado como un derecho fundamental, estrictamente vinculado a la propia personalidad y que deriva, sin duda, de la dignidad de la persona humana. Entrañando la intimidad personal la existencia de un ámbito propio reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario —según las pautas de nuestra cultura— para mantener una calidad mínima de vida humana. De la intimidad personal forma parte, asimismo, la intimidad corporal, de principio inmune en las relaciones jurídico-públicas que aquí importan, frente a toda indagación o pesquisas que sobre el propio cuerpo quisieran imponerse contra la voluntad de la persona. Con lo que queda protegido por el ordenamiento el sentimiento de pudor personal, en tanto responda a estimaciones y criterios arraigados en la cultura de la propia comunidad (RTC 137/1990).

Con relación a los registros personales y cacheos, que constituyen medidas previstas en diversas leyes penitenciarias, hay que afirmar que constituyen restricciones de derechos fundamentales, y por tanto, sólo pueden autorizarse cuando resulten proporcionados, o por razones de seguridad en el ámbito de los establecimientos penitenciarios, en cuyo caso, estos intereses serían prevalentes sobre el derecho a la intimidad.

6.1.3.2. Contactos con abogados

En el ámbito de los contactos permitidos a las personas privadas de libertad, las Reglas Mínimas contemplan los contactos profesionales e institucionales, que deben revestir un carácter confidencial, dada su trascendencia. En este sentido, "*el acusado estará autorizado a pedir la designación de un defensor de oficio cuando se haya previsto dicha asistencia, y a recibir visitas de su abogado, a propósito de su defensa. Podrá preparar y dar a éste instrucciones confidenciales. Para ello se le proporcionará, si lo desea, recado de escribir. Durante las entrevistas con su abogado, el acusado podrá ser vigilado visualmente, pero la conversación no deberá ser escuchada por ningún funcionario de la policía o del establecimiento penitenciario*" (Regla 93).

La asistencia legal para otra clase de internos ha sido expresamente reconocida por el Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a cualquier Forma de Detención o de Encarcelamiento.

La distinción dentro de las comunicaciones que un abogado puede tener con su cliente, cuando se encuentra privado de libertad, resulta muy artificial si a partir de ella se pretende fundamentar distintos niveles de comunicaciones con distintos grados de garantías. Tanto la dificultad de encontrar un fundamento a los criterios diferenciadores, como la operatividad de los mismos por la facilidad con que pueden ser burlados en la práctica hacen recomendable huir de propuestas engorrosas e inútiles y reducir los criterios de diferenciación a los mínimos necesarios. Los abogados, defensores o no, se encuentran ejerciendo una profesión que se embrida con derechos de las personas reconocidos por nuestra Constitución.

A pesar de ello, en el derecho comparado es más frecuente encontrar legislaciones que distinguen según la naturaleza de jurídica del asunto que presumiblemente va a ser tratado en el encuentro entre ambos; pero ante la imposibilidad de conocer los contenidos se presume que tratándose del abogado personado en la causa penal, en la entrevista solo se hablará de ello. Desde la óptica del derecho constitucional de acceso a la justicia diferenciar a estos efectos en atención a la naturaleza jurídica de la causa solo puede explicarse a partir de dos argumentos igualmente discutibles. En primer lugar, considerar que una causa penal es siempre más grave que el resto de las causas que entran dentro de la asistencia jurídica y, en segundo lugar, que las garantías de las comunicaciones se fundamentan exclusivamente en las necesidades de legitimación del procedimiento penal. Lo primero no requiere de un gran esfuerzo de contra argumentación ya que graves asuntos civiles o administrativos pueden resultar más trascendentes que un juicio por un delito de escasa gravedad. Lo segundo, es erróneo. Es cierto que dentro del derecho a la defensa, del que forma parte el derecho a comunicar con el defensor, interesa al propio procedimiento penal asegurar los principios de contradicción, publicidad, prueba, etc. pero no lo es menos que en su totalidad la asistencia jurídica de un profesional responde a una exigencia del derecho fundamental al debido proceso.

6.1.3.3. Contactos con representantes religiosos

Entre las medidas destinadas a mantener el contacto del interno con el mundo exterior se reconocen los contactos con representantes religiosos, descritos con el siguiente tenor literal en las Reglas Mínimas: "*Nunca se negará a un recluso el derecho de comunicarse con el representante autorizado de una religión. Y, a la inversa, cuando un recluso se oponga a ser visitado por el representante de una religión, se deberá respetar en absoluto su actitud*" (Regla 41. 3 RM). No es casual que las Reglas Mínimas hayan prestado una atención expresa a este tipo de comunicación. Los servicios religiosos juegan un papel muy relevante durante el tiempo penitenciario. La alimentación espiritual asegurada para muchos mediante estos servicios es un camino de equilibrio psíquico y emocional que permite mantener viva las constantes sociales del privado de libertad. Sin embargo, los estudios coinciden en destacar la vulnerabilidad espiritual que presenta la población penitenciaria debido al trance del cumplimiento de la pena; para prevenir que determinadas sectas puedan aprovechar en su beneficio esta circunstancia y el carácter privilegiado de estas comunicaciones, la Administración debe establecer unos controles, que, quizás, no estarían justificados en la sociedad libre. Al menos, ha de asegurarse que los contactos y el proselitismo se realizan cumpliendo estrictamente la legalidad. Así mismo solo pueden permitirse estas comunicaciones cuando los representantes pertenecen a una confesión debidamente inscrita en los registros civiles correspondientes.

6.1.3.4. Las comunicaciones empleando medios tecnológicos (comunicación telefónica o por internet)

En líneas generales, la comunicación telefónica esta admitida en muchos sistemas penitenciarios. El derecho a las mismas no tiene notas específicas que lo hagan diferente

del derecho genérico a las comunicaciones avalado por la normas internaciones, como ya hemos visto. Así, por solo citar un ejemplo, el Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión dispone que "*la persona detenida o presa tendrá derecho a comunicarse libremente y en régimen de absoluta confidencialidad con las personas que visiten los lugares de detención o prisión de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del presente principio, con sujeción a condiciones razonables que garanticen la seguridad y el orden en tales lugares*" (Principio 29.2).

Sin embargo, las nuevas tecnologías aún no han entrado en las prisiones. La consustancial resistencia del sistema penitenciario ha dado lugar a que en el derecho comparado apenas encontremos referencias específicas a la realidad de un mundo cambiante vertiginosamente, debido a la evolución de las tecnologías de la comunicación. Una vez más, la norma es la prohibición generalizada a pesar de que la naturaleza de las cosas terminará haciendo cambiar esta política. La actual prohibición absoluta y la, consiguiente, aplicación de estrictas medidas de control en las comunicaciones exteriores tiene los siguientes graves inconvenientes:

- Se emplea masivamente perjudicando a una generalidad de internos ajenos al problema. Como toda restricción indiscriminada de los derechos de las personas está reñida, tanto con los principios sobre los que se asienta el sistema penitenciario, como con la interpretación constitucional de los mismos.
- Se muestra ineficaz. La propia Administración penitenciaria describe la situación como muy grave, son cientos de móviles los que se incautan cada año, lo que permite suponer su empleo generalizado.
- Si es cierto —y, parece que lo es— que los móviles están ya en las prisiones, los riesgos que se asocian a los mismos deben relativizarse. Las nuevas generaciones tienen, en efecto, aplicaciones tecnológicas que los hacen peligrosos y no solo para organizar una operación de tráfico desde la cárcel, sino para el propio sistema. Ahora bien, en estos últimos años hemos encontrado muy pocos episodios asociados al uso clandestino de los móviles y, sin embargo, si hemos constatado que la prohibición es una constante fuente de tensiones y conflictividad.

Los internos que actualmente disponen de móviles dentro del establecimiento son probablemente aquellos de los que hay que temer que hagan un uso delictivo de los mismos. La autorización al resto de los internos probablemente no añadiría más riesgos a los que existen en estos momentos, porque la mayoría lo emplearían para comunicaciones positivas. Frente a los riesgos evidentes, no se pueden ignorar las importantes ventajas de un uso generalizado de los móviles. Disponiendo de móvil los internos pueden afianzar sus relaciones sociales y vivir la vida en libertad, sentirse más cerca de su hábitat afectivo y alejado de la rutina carcelaria. Sentimientos tan frecuentes y conflictivos en la población penitenciaria, por ejemplo, como los celos, se verían reducidos con comunicaciones regulares con la pareja. También es imaginable que se

puedan desarrollar algunos trabajos a distancia, lo que, en algunas ocasiones, podría permitir mantener una ocupación laboral desde dentro de la prisión.

Por otro lado, la liberación debilita las mafias carcelarias, los tratos discriminatorios y la corrupción administrativa. A pesar de no contar con estudios empíricos fiables, no es aventurado suponer que los móviles, que en estos momentos se usan por algunos internos privilegiados, han entrado por vías ilegales o aprovechando la corrupción. Incluso, el mantenimiento oculto del uso del móvil es inimaginable sin contar con cierta permisividad institucional.

La liberación no solo no debilita los sistemas de control sino que los pueden hacer más operativos. Como es lógico los avances tecnológicos no solo juegan en el campo de los delincuentes o de los infractores, sino también en el de la legalidad y el control. Con independencia de poder emplear un paraguas que invalidan los móviles cuando se entienda necesario, los controles sobre los abusos resultan más eficaces. Los móviles estarían registrados digitalmente, pudiéndose conocer todos los datos del uso que la persona haga de ellos. Al registrarse todos los móviles es probable que algunos internos prefieran usar terminales ilegales para eludir el control. En efecto, esto es así, es probable que la liberación no evite el mercado ilegal de móviles, habrá móviles "*legales*" e "*ilegales*", pero estos últimos serán menos que ahora y su persecución podrá llevarse a cabo de modo más selectivo. La gran mayoría de los internos admitirán las terminales "*legales*" y se beneficiaran de todo lo que tienen de positivo.

La liberación, en caso de que fuera compatible con la convivencia ordenada viene impuesta por los principios de intervención mínima, de reinserción social, de igualdad de oportunidades y de normalización.

A pesar de su singularidad el mundo de las prisiones no puede resistir y aislarse de los profundos cambios que se están produciendo. Pretender mantener a las prisiones en la era de las comunicaciones físicas predigitales es una aspiración baldía. En su lugar, es más recomendable una política penitenciaria más realista e ir preparando el sistema para el cambio.

Sin lugar a dudas, el uso generalizado de móviles supone un cambio sustancial en la vida de la prisión. Los cauces de contactos con la sociedad libre serian infinitos e incontrolables. Estas circunstancias requiere de una asimilación por parte del sistema y nos obliga a buscar soluciones a nuevos problemas, que en estos momentos resultan inimaginables, salvo en el plano de la pura conjetura. No nos parece exagerado considerarlo un hito en la historia de las prisiones. La comunicación que ha sido en las últimas décadas uno de los aspectos regimentales más sometidos a intervención, pasaría a ser gestionada por el propio interno en idénticas condiciones que en la sociedad libre.

Como ya hemos visto las normas internacionales permiten iniciar ese cambio. Nos inclinamos por una liberación progresiva, la cual solo es sostenible trabajando con grupos,

cualquier otra propuesta no es operativa y está plagada de riesgos. En estos momentos existen grupos a los que se les puede aplicar la liberación sin ningún problema. Nos referimos a quienes ya disfrutan de salidas al exterior. La arquitectura modular y su estructuración en torno a la idea de la microprisión inserta en un macrocentro nos parecen propicias para iniciar experiencias sectoriales a nivel de módulos. Una vez valorado el impacto en estos grupos debe seguir progresándose en la liberación de la digitalización de las comunicaciones hasta alcanzar su empleo por la mayoría de la población, sustituyéndose la actual política de absoluta prohibición por una en que la regla sea la permisividad y la excepción la prohibición motivada.

6.1.3.5. Las comunicaciones epistolares

Entre los derechos de los que gozan las personas privadas de libertad, diversos textos internacionales han hecho expresa referencia a la correspondencia como medio idóneo para mantener los contactos con el mundo exterior. Singularmente, los Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión reconocen que "*toda persona detenida o presa tendrá el derecho a ser visitada, en particular por sus familiares, y de tener correspondencia con ellos y tendrá oportunidad adecuada de comunicarse con el mundo exterior, con sujeción a las condiciones y restricciones razonables determinadas por ley o reglamentos dictados conforme a derecho*" (Principio 19). Igualmente, las Reglas Mínimas para el tratamiento de los Reclusos establecen que "*los reclusos estarán autorizados para comunicarse periódicamente, bajo la debida vigilancia, con su familiares y amigos de buena reputación, tanto por correspondencia como mediante visitas*" (Regla 37).

La reglamentación y requisitos para autorizar a los internos el envío y recepción de correspondencia varía de unos países a otros, superándose en la actualidad cualquier tipo de censura o lectura de las cartas de los internos, práctica frecuente en épocas pasadas. Actualmente nos encontramos ante una flexibilización en la autorización de estos medios, sin que existan restricciones ni de contenido, ni de cantidad salvo aquellos controles que tienen como fin impedir que se introduzcan artículos prohibidos en el interior.

No obstante, han sido frecuentes las Demandas elevadas a la Comisión Europeo, basadas en presuntas violaciones del articulado del Convenio, sobre todo por lo que respecta al control de la correspondencia de los penados. Vamos a aludir brevemente a una Decisión paradigmática. En la Decisión de 14 octubre 1980 (Demanda nº 8283/78), la Comisión Europea tuvo que pronunciarse en un caso en el que se trataba el control de la correspondencia. La parte recurrente alegó la violación del Convenio Europeo de Derechos Humanos (artículo 8), al haberse lesionado el derecho al respeto de la correspondencia. En el caso concreto, el director del establecimiento penitenciario interceptó dos cartas que iban destinadas a dos internos, con el fin de remitirlas al Decano del Colegio de Abogados, quien debía comprobar el contenido de las epístolas. Y si bien se había conocido el contenido de las cartas por quien no era su destinatario, la Comisión rechazó la

referida Demanda, dado que el Director del establecimiento penitenciario había procedido justamente, al haber aplicado correctamente los Reglamentos internos.

6.1.3.6. El acceso a los medios de comunicación

Desde una perspectiva general, además de autorizarse a los internos a mantener contactos con el mundo exterior, recibiendo visitas de familiares y amigos, visitas íntimas, correspondencias y otras medidas anteriormente estudiadas, los diversos textos nacionales e internacionales garantes de los derechos de los detenidos, ordenan a los Estados a posibilitar que los internos dispongan de un acceso regular a la información externa a través de los medios de comunicación legales. Salvo casos excepcionales, que deben ser aplicados restrictivamente, no existen causas justificadas que impidan el acceso a los medios de comunicación por parte de los internos. Entre aquéllos deben incluirse los periódicos, radio, televisión e Internet.

Entre los textos legales internacionales que han reconocido este derecho cabe aludir a las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, al disponer que "*Los reclusos deberán ser informados periódicamente de los acontecimientos más importantes, sea por medio de la lectura de los diarios, revistas o publicaciones penitenciarias especiales, sea por medio de emisiones de radio, conferencias o cualquier otro medio similar, autorizado o fiscalizado por la administración*" (Regla 39). En idéntico sentido se ha reconocido por los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas "*Las personas privadas de libertad … tendrán derecho a estar informadas sobre los acontecimientos del mundo exterior por los medios de comunicación social, y por cualquier otra forma de comunicación con el exterior, de conformidad con la ley*" (Principio XVIII).

Han sido frecuentes las Demandas interpuestas ante la Comisión Europea de Derechos Humanos, por presunta violación del artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos ("*Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras*"). En concreto, en la Demanda nº 8317/18, respecto a los mass media, los requirentes denunciaron carecer de medios de lectura, y ser privados de televisión, radio y periódicos. La Comisión se pronunció afirmando que los recurrentes podían utilizar la biblioteca, pero al haber sido despojados de ciertos privilegios, se encontraban limitados para acceder a los medios de comunicación (mass media) y, por ende, restringidos en su derecho a la información. Si bien tal injerencia estaba prevista en los Reglamentos, la propia Comisión argumentó que la pérdida de tales privilegios tenía la consideración de una pena dictada por las autoridades penitenciarias, con la finalidad de poner fin a una protesta concreta y excepcional que arriesgaba la seguridad de la prisión. En síntesis, según la Comisión, tal injerencia estaba justificada, siendo "*necesaria en una sociedad democrática… para la defensa del orden*" (vid. Artículo 10.2 CEDH).

6.2. Estudio jurídico. Argentina

6.2.1. Relaciones familiares

El capítulo XI de la LEP prevé en los arts. 158 al 167[88], las posibilidades que tiene la persona privada de su libertad de mantener los lazos familiares, ya sea a través de visitas o de comunicaciones periódicas. Estos artículoss, además se encuentran reglamentados por el Decreto 1136/97, el que en el Anexo 1 reglamenta las Relaciones familiares y sociales. En todos los casos se respetará la privacidad de las comunicaciones (art. 158). Incluso los detenidos extranjeros gozan de facilidades para comunicarse con sus representantes diplomáticos (art. 159), además de poder comunicarse vía telefónica con su familia en el horario adecuado y oportuno del país de residencia.

Quienes visitan a las personas privadas de su libertad deben respetar las normas reglamentarias de la unidad penitenciaria (art. 162). Serán registrados, al igual que sus pertenencias, pero respetando la dignidad de la persona humana (art. 163). Ello implica que esa requisa no debe ser invasiva ni mortificante, debe ser realizada por una persona del mismo sexo que la requisada.

---

88. Cap. XI de la Ley 24.660. Relaciones familiares y sociales: **ARTICULO 158.** — El interno tiene derecho a comunicarse periódicamente, en forma oral o escrita, con su familia, amigos, allegados, curadores y abogados, así como con representantes de organismos oficiales e instituciones privadas con personería jurídica que se interesen por su reinserción social. En todos los casos se respetará la privacidad de esas comunicaciones, sin otras restricciones que las dispuestas por juez competente. **ARTICULO 159.** — Los internos de nacionalidad extranjera, gozarán de facilidades para comunicarse con sus representantes diplomáticos y consulares acreditados. Los internos nacionales de Estados sin representación diplomática o consular en el país, los refugiados y los apátridas, tendrán las mismas posibilidades para dirigirse al representante diplomático del Estado encargado de sus intereses en el país o a cualquier autoridad nacional o internacional que tenga la misión de protegerlos. **ARTICULO 160.** — Las visitas y la correspondencia que reciba o remita el interno y las comunicaciones telefónicas, se ajustarán a las condiciones, oportunidad y supervisión que determinen los reglamentos, los que no podrán desvirtuar lo establecido en los art.s 158 y 159.**ARTICULO 161.** — Las comunicaciones orales o escritas previstas en el art. 160, sólo podrán ser suspendidas o restringidas transitoriamente, por resolución fundada del director del establecimiento, quien de inmediato, lo comunicará al juez de ejecución o juez competente. El interno será notificado de la suspensión o restricción transitoria de su derecho. **ARTICULO 162.** — El visitante deberá respetar las normas reglamentarias vigentes en la institución, las indicaciones del personal y abstenerse de introducir o intentar ingresar elemento alguno que no haya sido permitido y expresamente autorizado por el director. Si faltaren a esta prescripción o se comprobare connivencia culpable con el interno, o no guardare la debida compostura, su ingreso al establecimiento será suspendido, temporal o definitivamente, por resolución del director, la que podrá recurrirse ante el juez de ejecución o el juez competente. **ARTICULO 163.** — El visitante y sus pertenencias, por razones de seguridad, serán registrados. El registro, dentro del respeto a la dignidad de la persona humana, será realizado o dirigido, según el procedimiento previsto en los reglamentos por personal del mismo sexo del visitante. El registro manual, en la medida de lo posible, será sustituido por sensores no intensivos u otras técnicas no táctiles apropiadas y eficaces. **ARTICULO 164.** — El interno tiene el derecho a estar informado de los sucesos de la vida nacional e internacional, por los medios de comunicación social, publicaciones o emisiones especiales permitidas **ARTICULO 165.** — La enfermedad o accidentes graves o el fallecimiento del interno, será comunicado inmediatamente a su familia, allegados o persona indicada previamente por aquél, al representante de su credo religioso y al juez de ejecución o juez competente. **ARTICULO 166.** — El interno será autorizado, en caso de enfermedad o accidente grave o fallecimiento de familiares o allegados con derecho a visita o correspondencia, para cumplir con sus deberes morales, excepto cuando se tuviesen serios y fundamentados motivos para resolver lo contrario. En los casos de las personas procesadas o condenadas por los delitos previstos en los art.s 119, segundo y tercer párrafo, 120, 124 y 125 del Código Penal, se exigirá en todos los casos el acompañamiento de dos (2) empleados del Servicio de Custodia, Traslados y Objetivos Fijos del Servicio Penitenciario Federal. *(Art. sustituido por art. 9° de la Ley N° 26.813 B.O. 16/1/2013)* **ARTICULO 167.** — Los internos que no gocen de permiso de salida para afianzar y mejorar los lazos familiares podrán recibir la visita íntima de su cónyuge o, a falta de éste, de la persona con quien mantiene vida marital permanente, en la forma y modo que determinen los reglamentos.

Todo interno tiene derecho a estar informado sobre los sucesos de la vida nacional e internacional (art. 164).

En definitiva, los principales estándares que deben tenerse en cuenta y exigir su cumplimiento acabado en materia de requisas es que la misma debe ser respetuosa de la dignidad humana, y para que sea respetuosa, se debe realizar por una persona del mismo sexo a la requisada, utilizando medios tecnológicos alternativos, tal como es el caso de los escáneres, ya que lo tiene dicho la propia CIDH en el precedente "Arenas C/ Argentina" (Informe de la CIDH 38/96, 15/10/96), que el Estado debe prohibir los registros invasivos del tipo anal o vaginal.

En el fallo sobre Habeas Corpus por vulnerar el derecho a la comunicación "Kepych, Yuri s/Habeas Corpus, expte 6637/2011" (Cámara Federal de La Plata, Sala II), la Justicia federal bonaerense hizo lugar a un habeas corpus presentado por un preso de Ezeiza que consideraba vulnerado su "derecho a la comunicación" al restringirle la recepción de encomiendas. Los camaristas consideraron que ello era un *"agravamiento ilegítimo"*. Es que el magistrado de grado consideró que el espíritu de las normas es el de "favorecer el derecho a la comunicación del interno" por lo que *"lo actuado por la autoridad penitenciaria enervó las garantías constitucionales que se pretenden preservar"*.

Con esta sentencia, el SPF apeló la medida considerando que la resolución del juez es *"equivocada ya que funda erradamente su decisión en considerar de manera apresurada, realizando una interpretación antojadiza de la ley que invoca, excediendo su ámbito de competencia"*. Asimismo manifiestan que no existe "negligencia" ni una "deliberada intención" de los funcionarios penitenciarios.

Los camaristas consignaron el memorial realizado por la Procuración Penitenciaria que al respecto sostenía que *"la estimulación y mantenimiento de vínculos afectivos y sociales forman parte constitutiva del tratamiento penitenciario de acuerdo a lo estipulado en la normativa vigente"*.

Con ello la sala encontró probado el *"agravamiento ilegítimo en las condiciones de detención"* razón por la cual confirmó la sentencia de primera instancia reconociendo de esta manera el derecho del amparado a poder recibir la correspondencia de la manera prevista en las normas locales y en los tratados internacionales de los Derechos Humanos.

6.2.2. Derecho de visita. Visita extraordinaria

6.2.2.1. Condiciones y trámites para las visitas

Dijimos que el detenido tiene derecho a visitas, sin embargo hay que aclarar cuáles son los derechos y las obligaciones de estas visitas. Entre los derechos podemos considerar:

- Ingresar sin otras limitaciones que las contenidas en el reglamento. Claro es que se deberá tener presente que ese reglamento no se torne en un impedimento para el cumplimiento de la reinserción social y de la revinculación del interno con su familia. De ser así, deberá pedirse su inconstitucionalidad
- Ser tratado con respeto y consideración
- La requisa debe ser realizada por una persona del mismo sexo y sin atentar contra la dignidad
- El defensor puede visitar a su defendido en cualquier momento

Mientras que las obligaciones de la visita son:

- Respetar el horario y someterse a lo que dice el reglamento
- Entregar la identificación al ingresar
- Someterse a la revisación o requisa
- No intentar introducir o ingresar objetos prohibidos

Cada unidad penitenciaria tiene sus horarios y reglamento, los que son impuestos por el director de la unidad. Éste confecciona un programa para determinar las distintas visitas que pueden recibir los presos, teniendo en cuenta las características del establecimiento. Así, las visitas son por turnos, en horarios diurnos y los hombres tienen distintos días de visita que las visitas femeninas.

Además, cada unidad debe tener en la Entrada destinada a las visitas un cartel donde figuren tanto la ropa con la que permiten ingresar, como los alimentos autorizados. En caso que la unidad no posea esta información a la vista, ésta deberá solicitarla al personal penitenciario, en lo posible por escrito, a fin de evitar que le prohíban la entrada. En caso de no dejar ingresar a una visita por no llevar la ropa adecuada, algunas unidades poseen una cantina (locales) donde a precios exorbitantes alquilan ropa o zapatos adecuados en caso que la visita no pueda volver a su domicilio a cambiarse.

En qué casos se puede suspender el ingreso de una visita: en caso de que el visitante no cumpla con las normas reglamentarias vigentes en la institución, teniendo en cuenta las indicaciones del personal o de abstenerse de introducir o intentar ingresar elemento alguno que no haya sido permitido por el director. Si faltaren a esta prescripción o se comprobare connivencia culpable con el preso, o no guardare la debida compostura, su ingreso al establecimiento será suspendido, temporal o definitivamente, por resolución del director. Esto podrá recurrirse ante el juez de ejecución o juez competente.

Por supuesto que, como ya se ha dicho, si bien es cierto que estamos frente a una cuestión de competencia administrativa o penitenciaria, aquella resolución del director del establecimiento penitenciario que prohíba un ingreso de un familiar y/o de un amigo del interno, es pasible de recurso por parte del propio interno o bien de su defensa. Reiteramos que lo que se tiene que tener en cuenta aquí es que la medida ordenada por la

administración (aún cuando se base en una disposición interna), nunca podrá ir en contra de la finalidad de la privación de libertad, esto es, de la reinserción social. Claro está que la prohibición de contactos con el mundo exterior y con su familia, tensiona claramente ese derecho. Siempre debe priorizarse el derecho a la reinserción social por sobre el derecho a la seguridad del establecimiento penitenciario.

Trámite de ingreso de un menor para visitar a sus padres, ambos presos: si se trata de un menor de 18 años, tiene que presentarse en la unidad con el representante legal. Si no tiene uno designado, por ejemplo, puede concurrir con la abuela/o u otro familiar directo del detenido/a. Hasta los 18 años, el menor debe ingresar siempre con un mayor.

Al cumplir 11 años, el niño debe hacer su tarjeta de ingreso y entrar acompañado de un mayor de su mismo sexo —visitas ordinarias—. A partir de los 18 años se lo puede autorizar para ingresar solo.

La "*tarjeta*" de visita se hace en la unidad, en los días y horarios que establecen el penal. Entonces, acompañado de ese tutor o encargado, pueden ingresar. Por ejemplo: si el papá está preso y lo visita un hermano del preso —tío del menor—, al momento de hacer la tarjeta, debe especificarse que el tío —hermano del detenido— estará a cargo y va a acompañar al menor —tanto para la requisa como para la visita específicamente—.

6.2.2.2. Visitas extraordinarias

Entendemos por visitas extraordinarias, aquellas pueden otorgarse por fuera de los horarios o días regulares. Estas visitas son otorgadas teniendo en cuenta circunstancias particulares de la visita y del interno (distancia, salud, etc.) pero siempre teniendo en cuenta que se debe tender a la vinculación del interno con el mundo exterior y su familia, amigos y grupos de referencia del mundo libre.-

Las visitas extraordinarias por distancia no son acumulables y se realizarán durante 5 días consecutivos, cada 30 días, teniendo una duración de 3 horas diarias cada una; incluso, en caso de enfermedad, está previsto que se traslade al preso al domicilio del familiar imposibilitado de moverse (art. 166 de la LEP). En todos los casos de las visitas extraordinarias que impliquen un egreso anticipado y temporal del interno del penal, siempre se debe requerir autorización por parte del juez de ejecución penal.

Hay, también, visitas extraordinarias: por trabajo y por salud.

Por trabajo: se otorga una vez a la semana 3 horas. Para acceder a ellas es necesario presentar un certificado de trabajo que acredite que la visita trabaja durante los días que se llevan a cabo las visitas ordinarias y por tanto solicita visitar al preso otro día de la semana.

Por salud: se otorga 1 vez por semana pero en este caso, hay que acreditar por medio de un certificado médico que la persona —visitante— no puede ingresar sola a la

unidad y/o no puede hacerlo cuando hay mucha gente y/o no puede estar mucho tiempo parada, etc.

También contamos con las visitas de unidad a unidad. La visita entre presos alojados en distintos establecimientos podrá tener lugar una (1) vez cada quince (15) días con una duración efectiva de tres (3) horas. Para acceder a estas visitas ambos presos deberán, como mínimo, tener conducta buena si fueren condenados, o comportamiento bueno si fueren procesados y no registrar sanciones en el último trimestre. La pérdida de alguno de estos requisitos determinará la suspensión de esta clase de visitas hasta su readquisición. Esta visita incluye la visita íntima.

6.2.3 Correspondencia y paquetes

Tal como dijimos al principio y surge del art. 162 de la LEP, en todos los casos se respetará la privacidad de las comunicaciones, pudiendo sólo restringirse en forma excepcional y transitoria. Esta restricción no puede ser una decisión arbitraria del SPF, sino que debe estar basada en ciertas razones y debe ser puesta en conocimiento del juez de ejecución o juez competente en la causa. Además, el preso debe ser notificado de la suspensión e informado de su derecho a recurrir judicialmente.

Esta restricción no puede alcanzar la comunicación del preso con su letrado, con el que tiene derecho a comunicarse periódicamente, tanto de forma oral como escrita. Sólo una orden judicial puede restringir esta comunicación.

Comunicaciones orales: en el caso de visitas de familiares o allegados, el preso las solicita o presta su conformidad cuando el visitante pide verlo. Las visitas no se realizan en el lugar en el que habita el preso, sino que cada establecimiento debe tener previsto un espacio físico donde el detenido pueda conversar con su visita. La única excepción es que el preso esté internado en el hospital y no haya contraindicación médica que impida las visitas.

Las comunicaciones se pueden realizar habitualmente, las unidades poseen teléfonos públicos que habilitan, mediante el uso de tarjetas de pulsos, a comunicarse durante el día; la correspondencia puede ser diaria, siempre que se cuente con el estampillado.

En el caso de la correspondencia, esta no puede ser intervenida, tampoco las comunicaciones o correspondencia que el preso mantenga con su defensor o la procuración penitenciaria no pueden ser sometidas a ningún tipo de control.

La excepción estará dada, en el caso de que se tenga conocimiento de que el preso estuviera impartiendo o recibiendo instrucciones para la comisión de un ilícito mediante la correspondencia. En este supuesto, el director podrá suspender la correspondencia informando de inmediato al juez de ejecución y remitiéndole las piezas correspondientes y, claro está, permitiendo el correspondiente derecho de defensa.

La correspondencia no puede ser abierta por el personal del penal. La correspondencia debe ser entregada al preso, quien deberá abrirla en presencia del personal encargado, exhibiendo el contenido de la encomienda o sobre. En caso de ser cartas, no pueden ser leídas por el SPF por ser privadas. En caso de que así se hiciere, se deberá dar aviso al juez de ejecución, a través del defensor, por estarse violando los art.s 18 y 19 de la CN. En ese caso, incluso, el funcionario penitenciario estaría cometiendo —en principio— el delito tipificado como violación de correspondencia. Nuestro sistema penitenciario, y por ende el Servicio Penitenciario, no tiene facultades para prohibir ningún tipo de comunicaciones ni retener los escritos que se quieren presentar al juez o al defensor.

No debe olvidarse que el defensor tiene la obligación de visitar mensualmente o trimestralmente —según se trate de procesados o condenados respectivamente, y en esas visitas debe entregar al interno todos los medios y formas en que se puede contactar tanto el propio interno como su familia con la defensoría y el tribunal. Otra posibilidad de contacto es por intermedio de un familiar para que éste realice alguna presentación de escritos confeccionados por el interno, o bien pida una audiencia en la sede de la propia defensoría o del juzgado. También se puede canalizar un pedido o reclamo por intermedio de un visitante ajeno al SPF (profesor, religioso, etc.); de esta manera, se hace la entrega del escrito o se le transmite qué es lo que está sucediendo para que avise al que corresponda.

6.2.4. Salidas transitorias

Las salidas transitorias responden a la incorporación paulatina del penado al medio libre, formando una parte medular del régimen penitenciario al permitir al condenado ausentarse del establecimiento carcelario por períodos cortos de tiempo, con el fin de afianzar los lazos familiares, educativos y sociales. Los plazos de egreso de establecimiento penitenciario resultan variables y se encuentran dispuesto por ley, en base al plazo temporal que le faltare al condenado por cumplir la pena de prisión que le fuera impuesta, aunque en realidad deberá concederse la misma según la individualidad de cada interno.

Se dice que la salida transitoria es una forma de plasmar y/o poner en práctica la idea de reinserción social del interno.

Las salidas transitorias se clasifican por el tiempo, por el motivo y por el nivel de confianza. El condenado deberá reunir los requisitos del art. 17 de la LEP[89] y son: haber

89. ARTICULO 17. — Para la concesión de las salidas transitorias o la incorporación al régimen de la semilibertad se requiere: I. Estar comprendido en alguno de los siguientes tiempos mínimos de ejecución: a) Pena temporal sin la accesoria del art. 52 del Código Penal: la mitad de la condena; b) Penas perpetuas sin la accesoria del art. 52 del Código Penal: quince (15) años; c) Accesoria del art. 52 del Código Penal, cumplida la pena: tres (3) años. II. No tener causa abierta donde interese su detención u otra condena pendiente. III. Poseer conducta ejemplar o el grado máximo susceptible de ser alcanzado según el tiempo de internación .IV. Merecer, del organismo técnico-criminológico, del consejo correccional del establecimiento y, si correspondiere, del equipo especializado previsto en el inciso I)

cumplido un tiempo mínimo de ejecución de la pena: a) Si se trata de una pena temporal sin la accesoria del art. 52 CP, se debe cumplir la mitad de la condena; b) Si se trata de una pena perpetua sin la accesoria del art. 52 CP, se deben cumplir quince años; c) Si se tratara de una pena temporal o perpetua sumada a la accesoria del art. 52 CP, luego de cumplida la pena tres años más. d) No tener causa abierta donde interese su detención u otra condena pendiente (punto II); e) Poseer conducta ejemplar o el grado máximo susceptible de ser alcanzado según el tiempo de internación. Aclarando que el Decreto 396/99 admite sólo conducta ejemplar (punto III); y merecer, del organismo técnico-criminológico y del consejo correccional del establecimiento, concepto favorable respecto de su evolución y sobre el efecto beneficioso que las salidas o el régimen de semilibertad puedan tener para el futuro personal, familiar y social del condenado (punto IV).

Sin embargo, se debe poner de manifiesta que cada vez que un decreto agrega más requisitos para obtener un derecho que aquellos que están en la misma ley 24.660, esto debe ser cuestionado judicialmente ya que, reiteramos, que una ley nunca puede ser modificada por un decreto. En este caso en particular, es claro que el decreto 396/99 no puede exigir para conceder la salida transitoria que el interno se encuentre dentro del período de prueba (art. 34 inc. "a" del dec. 396/99), sencillamente porque el art. 17 de la ley 24.660 (jerárquicamente superior al decreto) no lo requiere, ni tampoco que el instituto sea propuesto por el director del penal en donde se encuentra alojado el interno (tal como lo solicita el art. 34 inc. "f").

En los casos de personas condenadas por delitos de índole sexual, antes de adoptar una decisión, se requerirá un informe del equipo interdisciplinario del juzgado de ejecución y se notificará a la víctima o su representante legal que será escuchada si desea hacer alguna manifestación. El interno también podrá proponer peritos especialistas a su cargo, los que estarán facultados a presentar su propio informe. Por último, el inc. g) del mismo art. 34 reglamentario refiere a que las salidas transitorias deben ser propuestas al juez de ejecución por el director del establecimiento mediante resolución fundada conjuntamente con lo requerido por el art. 18 de la LEP, esto es, indicación lugar y la distancia máxima a que el condenado podrá trasladarse; las normas, restricciones o prohibiciones que deberá observar y el nivel de confianza que se adoptará. Como ya se dijo, este ítems no puede ser considerado un requerimiento para acceder a las salidas transitorias, sino más bien una forma de realizar el trámite, ya que no existe ningún inconveniente que el instituto en cuestión sea requerida por su defensor o por el propio interno al juez de ejecución penal.

---

del art. 185 de esta ley, concepto favorable respecto de su evolución y sobre el efecto beneficioso que las salidas o el régimen de semilibertad puedan tener para el futuro personal, familiar y social del condenado. V. En los casos de las personas condenadas por los delitos previstos en los art.s 119, segundo y tercer párrafo, 120, y 125 del Código Penal, antes de adoptar una decisión, se requerirá un informe del equipo interdisciplinario del juzgado de ejecución y se notificará a la víctima o su representante legal que será escuchada si desea hacer alguna manifestación. El interno podrá proponer peritos especialistas a su cargo, que estarán facultados a presentar su propio informe.(Art. sustituido por art. 2° de la Ley N° 26.813 B.O. 16/1/2013)

Así y todo, pese a reunir los requisitos de la salida transitoria o semilibertad, no se otorgarán los beneficios a quienes, a partir del 11 de junio de 2004 (Ley 25.892), hayan cometido algunos de los siguientes delitos: 1. Homicidio agravado previsto en el art. 80, inciso 7., del CP. 2. Delitos contra la integridad sexual de los que resultare la muerte de la víctima, previstos en el art. 124 del CP. 3. Privación ilegal de la libertad coactiva, si se causare intencionalmente la muerte de la persona ofendida, previsto en el art. 142 bis, anteúltimo párrafo, del CP. 4. Homicidio en ocasión de robo, previsto en el art. 165 del CP. 5. Secuestro extorsivo, si se causare intencionalmente la muerte de la persona ofendida, previsto en el art. 170, anteúltimo párrafo, del CP. Esta modificación normativa implica lisa y llanamente, abandonar la finalidad de reinserción social del condenado, ya que existe un pre concepto (que no tiene carácter científico) respecto a que ese interno por haber cometido ese tipo de delito, nuevamente cometerá otro delito y por ese motivo no podrá acceder a las salidas transitorias.

La solución ante esta negativa es que el defensor plantee la inconstitucionalidad de la ley por ser contraria al principio de resocialización, proporcionalidad y progresividad de las penas.

Para que el interno resulte incorporado al régimen de salidas transitorias resulta prudente que dicha solicitud sea impetrada de dos a tres meses antes de que se cumpla el requisito temporal a la mitad de la condena. Ello evitara que, el trámite judicial y los informes de estilo penitenciario culminen habiéndose ya cumplido el requisito temporal y en consecuencia, que el condenado acceda al beneficio pasado del plazo para su concesión.

Si bien la mayoría de la jurisprudencia considera que es un requisito previo encontrarse dentro del período de prueba, éste no resulta ser un requisito del 17 de la LEP .La Corte estableció en el Fallos: 300:700, que los jueces no deben sustituir al legislador sino aplicar la norma tal como éste la concibió, dicho requisitoria previa se debe a que el SPF, frente a la solicitud de informes del juez de ejecución, dictamina en forma negativa la incorporación al régimen de salidas transitorias en aquellos casos en que el condenado no se encuentre incorporado al periodo de prueba (art. 15 LEP), dado que ese art. establece que el período de prueba comprenderá sucesivamente la posibilidad de obtener salidas transitorias del establecimiento.

Si el ministerio público fiscal dictamina, se le dará intervención a la defensa, por el término de tres días, quien, a su vez, podrá solicitar medidas previas a fin de brindarle sustento a la solicitud de incorporación al régimen. Hay que destacar que el defensor debe solicitar solo las medidas que brinden al juez mayores argumentos y rebatan la oposición esgrimida por el ministerio público. Contestado el traslado por la defensa, el juez resolverá dentro del plazo de cinco días.

No hay que perder de vista, que ni las salidas transitorias ni los permisos para cumplir con los deberes familiares (art. 166 de la LEP) interrumpirán la ejecución de la pena

(art. 22 de la LEP) ni el cómputo de detención, pues se trata de una modalidades de cumplimiento de la pena.

Por otro lado, es importante tener en cuenta ciertas diferencias y similitudes respecto de los procesados y los condenados, dado que no están sometidos al mismo régimen, a excepción del régimen disciplinario y que los procesados soliciten incorporarse al régimen de Penado Voluntario (art. 11 de la ley 24.660). Ello es aconsejable, para que puedan acceder antes a los derechos carcelarios, en el caso de ser condenados.

Jurisprudencia Nacional

Autorización de salidas transitorias. Persona que cumple condena en el país habiendo sido juzgada en el extranjero. La Corte – 14 de febrero de 2012, "Recurso de hecho deducido por la Defensa de Karina Dana Germano en la causa "Germano, Karina Dana s/ causa n° 12.792"

"…Que por otra parte cabe agregar que una pena que se ejecuta de modo diferente se convierte en una pena distinta y, por ende, en caso de ser más gravosa su ejecución resulta una modificación de la pena impuesta en perjuicio del condenado. El tratado que permite el cumplimiento de la pena en el país, con el propósito de posibilitar la reinserción del condenado —si bien se rige por la legislación local en su modo de ejecución— no puede habilitar una pena diferente y más gravosa, pues implicaría una contradicción con su objetivo… En consecuencia, la disposición contenida en el art. 7 de la LEP que invoca el señor Procurador Fiscal en su dictamen, resulta una aplicación más respetuosa de la obligación internacional y de los principios *pro homine*, igualdad y no contradicción."

Agravamiento de la situación en el proceso, de manera que la garantía constitucional de ley penal más benigna se vea afectada, para el caso resulta a tener en consideración el Plenario n° 3, Acuerdo n° 6/95, Cámara Nación de Casación Penal

"Molina, Roberto Carlos s/ recurso de casación —Ley 24.390—" "...el Código Penal Argentino consagra una excepción a aquél en favor de la ley más benigna (art. 2), la que ha sido incorporada (...) con jerarquía constitucional a la ley fundamental (art.s 9 de la CADH y 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, incorporados por el inciso 22 del art. 75 de la Constitución Nacional). Así, en materia penal, la norma generaliza que para todas las situaciones que se plantean, tanto la sucesión de las leyes como el momento de su aplicación, sea que el hecho no ha sido juzgado, o que su autor se encuentre sometido a proceso, o que haya recaído sentencia firme, es de aplicación la ley que, apreciada en su totalidad, resulte más favorable a los intereses del imputado en el caso concreto."

Salidas transitorias. Vigencia de la ley. Ley penal más benigna. Causa 11.846 Cuello Sala II, Cámara Nación de Casación Penal, Reg. 18.644 – 9 de Junio de 2011

"No puede aplicarse la limitación contenida en el art. 56 bis ley 24.660, incluido por el art. 1° ley 25.948, toda vez que esta reforma al régimen de ejecución de las penas privativas de la libertad es más gravosa —en tanto restringe la posibilidad de ser incluido dentro del beneficio de salidas transitorias, entre otros, al condenado por homicidio en ocasión de robo— que la vigente al momento de dictarse la condena. El voto concurrente recordó que es prohibida la aplicación retroactiva de la nueva ley más gravosa para el condenado, y corresponde estar a la ley vigente al momento del hecho."

Solicitud de salidas transitorias y libertad condicional. Tramite contradictorio. Causa Nº 16/13 Loyola Sala III, Cámara Nación de Casación Penal, reg. 773/13 rta. 20/5/13

"Los pedidos de libertad condicional deben tramitarse por vía incidental y resolverse previa vista a la parte contraria. Si bien se corrieron sendos traslados al fiscal de la causa, éste en ningún caso emitió opinión concreta respecto de la procedencia o no de los beneficios impetrados por el condenado y su defensa, limitándose tan sólo a proponer la realización de medidas a efectos de expedirse sobre el fondo de la cuestión. De tal forma la decisión emanada del órgano jurisdiccional no estuvo precedida por un contradictorio en el que las partes pudieran exponer sus posiciones y fundamentos, por lo que deviene nula en los términos del art. 167 CPPN."

Autorización para salidas transitorias a efectos de realizar una especialización laboral. Prisión domiciliaria. Procedencia. Derechos de los condenados. Derecho al trabajo. Causa 13.026 Luna Sala III, Cámara Nación de Casación Penal, Reg.345/11

No corresponde hacer lugar al permiso de salidas transitorias –cumpliendo prisión domiciliaria- a fin de llevar a cabo un curso de especialización laboral, si no se verifica cumplido el requisito temporal para el otorgamiento de salidas transitorias. La disidencia consideró que los cursos de capacitación que requirió la nombrada favorecerían a su reinserción al medio libre, pues al estar privada de la libertad en su domicilio no puede asistir a un establecimiento de educación ni de trabajo, que son los pilares del tratamiento penitenciario.

Ejecución penal. Salidas transitorias. Art. 17 de la ley 24.660. Requisitos. Informe favorable del Consejo Correccional. Causa N° 12.887 Alvis González, Sala III, Cámara Nación de Casación Penal, 87/11, reg. 87

No existe exigencia legal alguna que habilite al juez a analizar las condiciones personales de los internos al momento de decidir sobre las salidas transitorias y teniendo en cuenta que la administración penitenciaria se expidió por unanimidad en sentido favorable para el encausado acceda a dicho beneficio, cuenta con calificación de conducta ejemplar diez (10) y concepto muy bueno siete (7), no posee sanciones disciplinarias, intramuros se desempeña en el taller de Carpintería y además muestra interés, dedicación y buena asistencia en las actividades

educativas, corresponde anular el decisorio impugnado que denegó el pedido en cuestión. La disidencia expresó que el serio estudio efectuado por el juez de ejecución sobre la personalidad del condenado avalan la conclusión negativa que tomó respecto a las salidas transitorias solicitadas.

Causa Nro. 12.791 –Sala II Cámara Nacional de Casación Penal – "CERRUDO, Antonio José s/recurso de casación" II reg. 17.758 15/12/2010. Salidas transitorias. Órgano facultado para disponer el cumplimiento de la pena

Del juego armónico de los arts. 18, 490, 493 inc. 4°, 496 CPPN y arts. 4° y 16 a 22 ley 24.660 surge que son los mismos tribunales los que tienen la facultad de disponer el cumplimiento de la pena y, en consecuencia, la posibilidad de acceder a los beneficios legislados. Carecen de sustento las conclusiones a las que arribó el a quo con fundamento en que el domicilio denunciado para gozar de las salidas transitorias, y el núcleo familiar que lo integra, es el mismo que había referido en la oportunidad en que gozó de la libertad asistida, hasta que cometió el nuevo delito, pues no tienen base objetiva y encubren una restricción al goce del beneficio. La disidencia parcial consideró que si el representante del Ministerio Público entiende que el interés en la ejecución de la pena se satisface ejecutándola bajo una determinada modalidad prevista en la ley, su pretensión en la medida en que se mantenga estrictamente dentro de los límites legales, fija el alcance y límite de la jurisdicción, o si se quiere, el objeto del caso judicial.

6.3. Estudio jurídico. Chile

6.3.1. Derecho a visitas

Como ya se señaló, las visitas constituyen un aspecto de regulación primordial en la privación de libertad, por diversas razones, siendo las más importantes la necesidad de no extender la sanción hacia los familiares de las personas privadas de libertad y la relevancia de la mantención de los vínculos familiares para favorecer la reinserción social.

La continuidad de los lazos familiares y sociales, y el contacto fluido de los internos con el mundo exterior, en general, han sido identificados por la doctrina como uno de los aspectos más importantes para lograr el objetivo de favorecer las posibilidades de la persona privada de libertad de reinsertarse en el medio libre cuando recupere la libertad o, por lo menos, para mitigar los efectos desocializadores del encierro carcelario. En este sentido, la visita es uno de los medios más importantes para lograr este objetivo (Rivera y Salt, 1999: 187, 188).

Así las visitas constituyen un doble derecho: tanto del interno como de la familia respecto del interno. Bajo este criterio debemos tomar en consideración las normas

relativas al derecho de los niños de estar con sus padres, el fortalecimiento de los lazos familiares, entre otros aspectos (art. 17.1 de la CADH de protección a la familia).

6.3.2. Normas y estándares internacionales

De acuerdo a lo señalado en el Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión (Principios 15, 19 y 20), recogidos en las resoluciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Estado tiene la obligación de facilitar y reglamentar el contacto entre los internos y sus familiares y de respetar los derechos fundamentales de éstos contra toda interferencia abusiva y arbitraria. Este derecho también está recogido en las Reglas mínimas de tratamiento de los reclusos (Reglas 37 y 79), en los Principios y Buenas Prácticas sobre Protección de las personas privadas de libertad en las Américas (Principio XVIII) y en las Reglas de Bangkok (Regla 43).

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha reiterado que las visitas familiares de los internos son un elemento fundamental del derecho a la protección de la familia de todas las partes afectadas en esta relación, por ello, el "*Estado tiene la obligación positiva de crear las condiciones necesarias para hacer efectivo el contacto de las personas privadas de libertad con sus familiares. En particular, el Estado debe atender todas las deficiencias estructurales que impidan que el contacto entre el recluso y sus familiares se de en condiciones dignas, seguras y con suficiente regularidad. Ello se deriva de las obligaciones generales de los Estados de respeto y garantía de los derechos humanos* (art. 1.1 de la CADH) y del deber específico de proteger a la familia (art. 17.1 de la CADH)".

En el mismo sentido, el Estado tiene el deber de crear instalaciones adecuadas para que las visitas tengan lugar de manera digna y en condiciones de seguridad, sin que los familiares, entre los cuales hay niños, tengan que ingresar a las áreas internas destinadas al alojamiento y actividades de los internos. Esta norma es reforzada en las Reglas de Bangkok (regla 28) al indicar que "*las visitas en que se lleve a niños se realizarán en un entorno propicio, incluso por lo que atañe al comportamiento del personal, y en ellas se deberá permitir el libre contacto entre la madre y su hijo o sus hijos. De ser posible, se deberán alentar las visitas que permitan una permanencia prolongada con ellos*". Adicionalmente, el Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión refiere que los niños y adolescentes que ingresen como visitantes a centros de privación de libertad deberán hacerlo acompañados en todo momento por un familiar, responsable legal, o por la persona que éste o ésta designe.

Justamente para asegurar el ejercicio efectivo del derecho a visita, se recomienda que las personas privadas de libertad estén recluidas preferentemente cerca de su lugar habitual de residencia. El mantenimiento del contacto con la familia supone que la

administración penitenciaria debe organizarse de manera tal que la residencia del condenado sea un factor determinante al momento de definir el establecimiento penitenciario donde será recluido. Ello, por cuanto las distancias de traslado y los costos asociados pueden significar para los familiares del interno la imposibilidad de visitarlo. Esto cobra especial relevancia en aquellos casos en que la familia es quien provee al interno de ropa, alimentos, medicamentos, útiles de aseo, etc. (Coyle, 2009: 99). Las Reglas de Bangkok confirman lo indicado, al señalar (Regla 26) que se alentará y facilitará por todos los medios razonables el contacto de las reclusas con sus familiares, incluidos sus hijos, y los tutores y representantes legales de sus hijos. Cuando sea posible, se adoptarán medidas para reducir los problemas de las mujeres que se hallen recluidas en instituciones lejanas de su hogar.

En relación a las visitas íntimas de pareja de los internos y reclusas, el Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión indica que los Estados deben garantizar que se realicen dignamente en condiciones mínimas de higiene, seguridad y respeto por parte de los funcionarios. Para ello deben crearse locales destinados a este propósito y evitar la práctica de que los internos y reclusas reciban a sus parejas en sus propias celdas. Los Estados deben supervisar adecuadamente y ejercer un monitoreo estricto de la forma como se llevan a cabo este tipo de visitas para prevenir cualquier tipo de irregularidad, ya sea en su concesión como en la práctica de las mismas. Las Reglas de Bangkok añaden que teniendo presente que el número de reclusas que han sido víctimas de violencia en el hogar es muy alto, se las consultará debidamente respecto de las personas, incluidos sus familiares, a las que se permita visitarlas (Regla 44). Finalmente, las normas internacionales, a este respecto, señalan que las visitas íntimas de pareja deberán ser reguladas de manera tal que en su ejercicio no se efectúen distinciones basadas en consideraciones de género u orientación sexual (CIDH, 2011: 227). Este postulado es reiterado en las Reglas de Bangkok al señalar que cuando se permitan las visitas conyugales, las reclusas tendrán el mismo derecho a ellas que los internos de sexo masculino (Regla 27).

En materia de registros corporales a las personas privadas de libertad y a sus visitantes, el Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión indica que éstos no deberán aplicarse de manera indiscriminada, sino que debe responder a criterios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad. Deben practicarse en condiciones sanitarias adecuadas, por personal calificado del mismo sexo y ser compatibles con la dignidad humana y con el respeto a los derechos fundamentales. Además, deberán utilizarse medios alternativos que tomen en consideración procedimientos y equipos tecnológicos u otros métodos apropiados. Los registros intrusivos vaginales y anales serán prohibidos por la ley. Si bien se entiende y acepta que los Estados estén obligados a mantener la seguridad y el orden interno en las cárceles, por lo que deberán establecer un control adecuado para evitar el ingreso de efectos ilícitos como armas, drogas, licor, etc., dicho control deberá siempre respetar los derechos fundamentales de los internos y sus familiares. Por ello, se plantea que

"deberán existir normas e indicaciones claras sobre el tipo de objetos cuyo ingreso está permitido o prohibido y tales disposiciones deberán darse a conocer a los familiares, ya sea mediante carteles o letreros colocados en lugares visibles al público".

6.3.3. Normas nacionales

6.3.3.1. Regulación

El derecho a visita de todo condenado/a se encuentra regulado en los artículos 49 a 57 del Reglamento de establecimientos penitenciarios.

6.3.3.2. Clasificación

Las visitas, en el Reglamento de establecimientos penitenciarios, se clasifican en ordinarias, extraordinarias y especiales (familiares e íntimas). El siguiente cuadro muestra la información más relevante de cada una de ellas:

Tipo de visita		Frecuencia	Duración	Lugar	Visitantes autorizados	Requisitos
Ordinaria		1 vez por semana, en día y hora fijada por el Alcaide	2h mínimo	Recinto determinado por el Alcaide. Locutorio en caso de art. 28 Reglamento de establecimientos penitenciarios (salvo resolución fundada de Director Nacional)	Máximo 5 personas: familiares y amigos autorizados por el recluso y mayores de 14 años	Sin requisitos
Extraordinaria		Día y hora fijada por el Alcaide	30 minutos máximo	Recinto determinado por el Alcaide	Persona autorizada por el recluso	Casos justificados. Autorización de Alcaide.
Especiales	Familiar	Mínimo 2 veces al mes, en día y hora fijada por el Alcaide	Mínimo 1 hora y máximo 3	Dependencias especialmente habilitadas	Cónyuge o pareja, hijos del recluso o de su cónyuge o pareja, parientes o personas con parentesco consanguíneo y menores de cualquier edad*, sin límite de cantidad.	Acreditar parentesco, relación conyugal u otra con visitante. No tener permiso de salida. Recinto con dependencias habilitadas para el tipo de visita. Autorización de Alcaide.
	Íntima	1 vez al mes, en día y hora fijada Alcaide			Cónyuge, pariente u otra persona ligada al recluso	

Fuente: Elaboración propia.

6.3.3.3. Registro de visitas y sus pertenencias

El Reglamento Penitenciario regula el registro de las visitas en su artículo 54 inciso tercero, recogiendo algunos de los estándares internacionales fijados por la Corte y la Comisión Interamericana (Principio XXI de la CIDH). En dichos estándares se resguarda la dignidad de la persona y el respeto a sus derechos fundamentales.

Si bien nuestra normativa señala que todas las visitas y sus pertenencias serán registradas por razones de seguridad, la Comisión ha establecido que el empleo de registros corporales a las personas privadas de libertad y a sus visitantes no deberá aplicarse de forma indiscriminada, debiendo responder a criterios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad.

En dichos registros deberá utilizarse, en primer lugar, sensores u otros aparatos no táctiles.

Sin perjuicio de ello, se permite que el registro pueda realizarse en forma manual, y en dicho caso, deberá cumplir con ciertas exigencias: el registro lo deberá llevar a cabo personal calificado del mismo sexo; deberá existir un procedimiento fijado previamente para tal efecto (dicha regulación le compete al Director Nacional de Gendarmería) y deberá realizarse en condiciones sanitarias adecuadas.

En esta categoría de registros, los registros intrusivos vaginales y anales serán prohibidos por la ley[90], ya que constituyen tratos humillantes y denigrantes.

6.3.3.4. Limitaciones y restricciones al derecho a visitas

Esta materia se encuentra regulada en los artículos 56, 57, y 81 letras f), g) e i) del Reglamento de establecimientos penitenciarios y el art. 90 del Código Penal. Las dos primeras dicen relación directa con posibles afectaciones a la seguridad y orden del establecimiento penal durante la realización de la visita. Las dos restantes se aplican como consecuencia de la comisión de un delito y de una falta disciplinaria y no guardan relación con razones de seguridad. De esta manera podemos distinguir los siguientes tipos de limitaciones:

90. Este estándar fue fijado por la CIDH en los Principios y Buenas Prácticas y constituye una interpretación progresiva de su dictamen emitido doce años antes en el informe Nº 38/96 del Caso *X y Y vs. Argentina*, en el que la CIDH concluyó que las inspecciones vaginales podían ser admisibles siempre que se cumplieran determinados requisitos específicos, entre ellos la existencia de una orden judicial que las autorizara.

Alcance limitación		Visitante restringido	Duración	Causales	Procedimiento
General (art. 56 RP)	A toda la población penal	Todos los visitantes	Temporal	• Razones de seguridad • Buen orden del establecimiento	Resolución Alcaide confirmada por el Director Regional
	A una parte de la población penal				Resolución de Alcaide
Individual (art. 57 Reglamento de establecimientos penitenciarios)		Aquel en que concurre la causal	Temporal	• Razones de seguridad • Mala conducta del visitante • Presentación indecorosa, desaseada o alterada del visitante. • Visitante bajo el efecto del alcohol o drogas	Resolución de Alcaide
General (art. 90 N° 1 y 2 Código Penal) Sanción al quebrantamiento de condena		Todos los visitantes	Tiempo máximo de 3 y 6 meses respectivamente	Quebrantamiento de condena	Sentencia por el delito de quebrantamiento de condena
General (art. 81 letras f), g) e i) del Reglamento de establecimientos penitenciarios) Sanción disciplinaria		Todos los visitantes	Duración del castigo (tiempo de visita reducido a un máximo de 5 minutos; hasta una semana y hasta un mes respectivamente)	Realización de una falta disciplinaria menos grave o leve	Resolución del Alcaide que aplica una sanción disciplinaria

Fuente: Elaboración propia.

6.3.3.5. Condiciones en las que deben llevarse a cabo las visitas (incluir vigilancia)

Las visitas de los familiares a sus parientes privados de libertad deberán llevarse a cabo bajo determinadas condiciones que resguarden la dignidad y la privacidad de los condenados y de sus visitantes.

i. La visita deberá realizarse en un ambiente que ofrezca un mínimo de privacidad, higiene y seguridad para los visitantes.
ii. La privacidad significa que en caso que la visita sea vigilada por un agente estatal, éste se encuentre a tal distancia que no pueda oír la conversación entre recluso y visitante.

iii. El Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2011 indica que estas visitas deberán llevarse a cabo en condiciones adecuadas de privacidad, higiene y seguridad para los visitantes. Agrega que las visitas deben llevarse a cabo en lugares distintos de aquellos en los cuales habitan los reclusos (Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2011: 220) y, en especial, las visitas íntimas deben contar con instalaciones adecuadas.

Adicionalmente, se señala que se debe evitar los tratos humillantes o denigrantes hacia los familiares de los reclusos (revisiones vaginales y anales a mujeres) y evitar registros corporales e intrusivos.

Respecto al ingreso de objetos: deben existir normas claras y conocidas por los visitantes respecto de qué objetos pueden ser ingresados a la unidad penal y cuales están prohibidos. Debe existir, por otra parte, un adecuado control del ingreso de objetos ilícitos que puedan afectar la seguridad y orden interno en el recinto penal y los derechos de los reclusos, en especial su integridad física. Sin embargo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos señala que es esencial que el personal de custodia directa de los internos y de seguridad externa de los centros penitenciarios esté capacitado para mantener un balance entre el cumplimiento de sus funciones de seguridad y el trato digno hacia los visitantes (Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2011: 223).

6.3.4. Permisos de salida

La reinserción social del condenado es el fin al cual se adscribe toda la normativa internacional de derechos humanos[91] durante el cumplimiento de las sanciones y constituye también la finalidad perseguida en nuestro ordenamiento penitenciario. Para el logro de este fin se establecen diversas actividades que integran el plan individual de tratamiento de cada condenado. Una de las herramientas más importantes para el cumplimiento de dichas actividades en el medio libre la constituyen los permisos de salida.

En concreto, los permisos de salida son medidas de tratamiento que importan el abandono del recinto penitenciario, con o sin vigilancia, por un tiempo determinado con el objeto de que el recluso desarrolle actividades tendientes a su reinserción social. En la doctrina comparada se le han atribuido a los permisos de salida importantes funciones, todas ellas necesarias y conducentes al fin preventivo especial. En primer lugar, permiten el mantenimiento y reforzamiento de los lazos familiares y contactos sociales del condenado al producir la privación de libertad, como primer efecto, la separación del condenado de su entorno habitual (núcleo familiar y social). Al permitir que el

91. Art. 10.3 del Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos; art. 58, 65 y 67 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos; art. 10 de los Principios Básicos para el tratamiento de los reclusos; Principio XIII inciso final de los Principios y Buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas.

condenado se desenvuelva en el medio libre, fortalece su autodisciplina y responsabilidad. Por otra parte, y de manera muy relevante en cuanto a la protección de la dignidad, los permisos de salida contribuyen a evitar o, al menos, a disminuir los efectos colaterales perjudiciales de la privación de libertad que van más allá de la pena misma y que en un sistema orientado hacia la prevención especial positiva, deben ser compensados o limitados ya que no forman parte de la sanción (pérdida de autonomía y responsabilidad; carencia de espacios privados; ruptura de las relaciones heterosexuales; daños psicológicos y la adopción de una subcultura carcelaria como mecanismo de defensa del condenado frente a las limitaciones de la vida en el penal. Todos estos efectos se ven acentuados en el caso de las penas privativas de larga duración). Finalmente, permiten al condenado aplicar, bajo condiciones reales de vida, todo lo que hasta ese momento ha aprendido en el establecimiento penitenciario y con ello la posibilidad de evaluar a tiempo las acciones y programas de reinserción, pudiendo la autoridad intervenir en caso de crisis. Vinculado a lo anterior, constituyen finalmente un elemento de juicio para el otorgamiento de otras medidas de libertad dentro de un régimen progresivo, ya que proporciona antecedentes de cómo el condenado se comporta en el medio libre, siendo un elemento de prueba de la confiabilidad del condenado y de su manejo con la libertad.

6.3.4.1. Normativa y estándares internacionales

Sin perjuicio de las referencias internacionales ya efectuadas al fin de las penas, específicamente las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos (Regla 60.2) establecen la conveniencia de que, antes del término de la ejecución de una pena o medida, se adopten los medios necesarios para asegurar al recluso un retorno progresivo a la vida en sociedad. Este propósito puede alcanzarse, según los casos, con un régimen preparatorio para la liberación, organizado dentro del mismo establecimiento o en otra institución apropiada, o mediante una liberación condicional, bajo una vigilancia que no deberá ser confiada a la policía, sino que comprenderá una asistencia social eficaz.

En este sentido, los permisos de salida dentro del régimen penitenciario, posibilitan el abandono del recinto al medio libre de una manera progresiva y gradual.

Respecto de las mujeres, las Reglas de Bangkok recomiendan facilitar el acceso de éstas a medidas de cumplimiento de la condena en libertad, mediante la visita a sus hogares, prisiones abiertas, albergues de transición y programas y servicios de base comunitaria, a fin de facilitar su paso del encarcelamiento a la libertad, reducir la estigmatización y restablecer lo antes posible su contacto con sus familiares (Regla 45).

Por otra parte, las mismas normas plantean (Regla 63) que al considerar los requisitos para la concesión de medidas de libertad anticipada, como los beneficios intrapenitenciarios (en el caso de Chile), las autoridades deberán tomar en cuenta favorablemente las responsabilidades de cuidado que las reclusas tienen respecto de otras personas, así como sus necesidades específicas de reinserción social.

Finalmente, las Reglas 46 y 47 de las Reglas de Bangkok plantean la necesidad de elaborar y ejecutar programas de reinserción amplios para el período anterior y posterior a la puesta en libertad, en los que se tengan en cuenta las necesidades específicas de las mujeres. Así, luego de la obtención de libertad, recomienda se preste apoyo suplementario a las mujeres que requieran ayuda psicológica, médica, jurídica y práctica, en cooperación con los servicios comunitarios. Estos programas se deberán llevar a cabo en cooperación con los servicios de libertad condicional y de asistencia social, los grupos comunitarios locales y las organizaciones no gubernamentales.

6.3.4.2. Normativa nacional

Los permisos de salida se encuentran regulados de manera exhaustiva en el Reglamento de establecimientos penitenciarios, artículos 96 a 115.

6.3.4.2.1. Definición

A diferencia de otras legislaciones comparadas, el Reglamento de establecimientos penitenciarios da una definición legal en su artículo 96: "*los permisos de salida son beneficios que forman parte de las actividades de reinserción social y confieren a quienes se les otorgan gradualmente, mayores espacios de libertad*". Un elemento fundamental y que caracteriza a los permisos de salida es el abandono que hace el recluso del recinto penitenciario donde cumple condena, por espacios de tiempo determinados y, en la mayoría de los casos, sin vigilancia de la autoridad penitenciaria.

6.3.4.2.2. Clasificación

El mismo artículo 96 enumera los cuatro tipos de salida, según su duración y si ésta se realiza con o sin vigilancia de un funcionario penitenciario.

6.3.4.2.2.1. Salida esporádica

Estas salidas se encuentran reguladas en los artículos 100 a 102 del Reglamento de establecimientos penitenciarios, los que contemplan cuatro subcategorías tipo según su fundamento o causal. Estas salidas se caracterizan por llevarse a cabo siempre con custodia de un funcionario penitenciario y en cualquier momento del cumplimiento de la pena, con excepción de la salida establecida en el artículo 102.

a.i) Salida esporádica por hechos de especial trascendencia en la vida familiar

El artículo 100 del Reglamento de establecimientos penitenciarios señala que podrá otorgarse salida bajo custodia para visitar a parientes próximos o a personas íntimamente ligadas con el recluso, en caso de enfermedad, accidente grave o muerte u otro hecho de igual trascendencia en la vida familiar. La enumeración es enunciativa y delimita el espectro que queda cubierto por la norma. A nivel de doctrina comparada se señalan como ejemplos de hechos trascendentes para una persona el entierro de un pariente cercano, el nacimiento, bautizo o matrimonio de un hijo, la amenaza de divorcio por parte del cónyuge o pareja. Esta salida se concede por un máximo de 10 horas y se permite la adopción de medidas de seguridad, las que deberán ser necesarias y proporcionales.

a.ii) Salida esporádica para comparecencia personal en diligencias urgentes
Se autoriza el abandono del recinto penitenciario, bajo custodia, para la realización de diligencias urgentes que requieran de la comparecencia personal del condenado. La autorización se extenderá por el tiempo estrictamente necesario para llevar a cabo la diligencia, no pudiendo exceder de 6 horas y permite también la aplicación de medidas de seguridad.

a.iii) Salida esporádica como premio o estimulo especial
Alejándose de la doctrina comparada, que concibe a los permisos de salida como instrumentos o herramientas de reinserción social y no como ventajas o premios a un buen comportamiento, nuestra normativa establece en su artículo 102 la salida, con vigilancia, una vez al año y por un máximo de 10 horas, de aquellos reclusos propuestos por el Consejo Técnico como merecedores de este permiso como premio o estímulo especial.

a.iv) Salida esporádica para la realización de actividades de reinserción social
Finalmente, el Reglamento de establecimientos penitenciarios establece en el inciso final del artículo 102, el abandono del recinto penitenciario, con custodia, para la realización de actividades deportivas, recreativas y culturales. Esta salida se concede por el tiempo necesario para la ejecución de dichas actividades.

6.3.4.2.2.2. Salida dominical
Regulada en el artículo 103, la salida dominical permite al recluso abandonar el recinto penitenciario los días domingos, sin vigilancia, por un período máximo de 15 horas.

6.3.4.2.2.3. Salida de fin de semana
Esta salida, regulada en el artículo 104 del Reglamento de establecimientos penitenciarios, permite al recluso abandonar el recinto penitenciario, sin vigilancia, desde las dieciocho horas del día viernes hasta las veintidós horas del día domingo. Para poder obtener este permiso se requiere, además de los requisitos generales aplicables a todos los permisos, que el recluso haya obtenido previamente la salida dominical y haya gozado de ella exitosamente, esto es, dando cumplimiento íntegro a sus obligaciones por un período continúo de tres meses.

6.3.4.2.2.4. Salida controlada al medio libre
El artículo 104 del Reglamento de establecimientos penitenciarios autoriza a abandonar el establecimiento penitenciario, sin vigilancia, durante la semana, por un período no superior a quince horas diarias. El permiso se otorgará por los días y la extensión horaria necesarios para el cumplimiento del objetivo de la salida, por lo tanto, ella no significa, *per se*, el abandono del recinto todos los días.

A diferencia de los permisos anteriores, la salida controlada al medio libre tiene normativamente objetivos o finalidades precisas: capacitación laboral y/o educacional;

asistencia a instituciones de rehabilitación social u orientación personal; desempeño o búsqueda de alguna actividad laboral. La asistencia a dichas instituciones así como el beneficio que ello le reporte al recluso deberá ser acreditado por éste con la periodicidad que fije el jefe del establecimiento (contratos de trabajo, certificados de estudio o capacitación, etc.)

Cuando la salida controlada al medio libre haya sido otorgada por todos los días de la semana (lunes a viernes), el recluso podrá ser autorizado para gozar, además, de la salida de fin de semana.

6.3.4.2.3. Requisitos

La decisión sobre el otorgamiento o denegación de un permiso de salida exige la evaluación completa de todas las circunstancias que rodean el caso particular.[92] Sin perjuicio de ello, el Reglamento de establecimientos penitenciarios ha establecido requisitos diferenciados según cada salida.

6.3.4.2.3.1. Salidas esporádicas

a.i) Salida esporádica por hechos de especial trascendencia en la vida familiar.

1. Consentimiento del condenado. El Reglamento de establecimientos penitenciarios no hace mención expresa a este requisito, sin embargo él se desprende de diversas disposiciones que se refieren a la "postulación" y "solicitud".
2. Acreditar el hecho o fundamento de la salida.
3. Acreditar el parentesco o relación que liga al condenado con el tercero.
4. Acreditar la ausencia de un peligro de fuga o de comisión de un nuevo delito con ocasión del uso del permiso. Para estos efectos se examinan los antecedentes de conducta y confiabilidad del condenado.

a.ii) Salida esporádica para comparecencia personal en diligencias urgentes

1. Consentimiento del condenado.
2. Acreditar el hecho o fundamento de la salida.
3. Acreditar la ausencia de un peligro de fuga o de comisión de un nuevo delito con ocasión del uso del permiso, bajo los mismos aspectos que la salida anterior.

En ambos tipos de salida no se requiere de informe favorable del Consejo Técnico del recinto penitenciario, lo que se comprende por las características de las circunstancias que autorizan la salida —no previsibles y que exigen de una rápida resolución—.

92. Así, por lo demás, lo recoge nuestra legislación en los artículos 96 inciso cuarto y 109 Reglamento de establecimientos penitenciarios, al señalar que tanto el Consejo Técnico como el Jefe del establecimiento deberán analizar cualquier antecedente relativo a la confiabilidad del condenado que permita presumir que no quebrantará su condena con ocasión del permiso de salida.

a.iii) Salida esporádica como premio o estimulo especial

1. Consentimiento del condenado.
2. Haber cumplido un tercio de la pena impuesta.
3. Ser propuesto por el Consejo Técnico.
4. Acreditar la ausencia de un peligro de fuga o de comisión de un nuevo delito con ocasión del uso del permiso.

a.iv) Salida esporádica para la realización de actividades de reinserción social

1. Consentimiento del condenado.
2. Acreditar el fundamento de la salida.
3. Contar con informe favorable del Consejo Técnico del recinto penitenciario.

6.3.4.2.3.2. Salidas dominical, de fin de semana y controlada al medio libre

1. Consentimiento del condenado.
2. Cumplimiento de una parte de la condena. Los permisos de salida, como ya se señalara, preparan al recluso para su regreso progresivo al medio libre, el que, en teoría y en función de una reinserción social con mayores posibilidades de éxito, debiese concluir con el cumplimiento de la pena a través de la libertad condicional. Es por ello que el condenado, para solicitar un permiso, deberá encontrarse en una etapa determinada de la ejecución penal, la que dependerá del permiso en cuestión y que dice relación con el tiempo mínimo para postular al beneficio de la libertad condicional. El siguiente cuadro muestra los plazos:

Permiso	Tiempo de postulación
Salida esporádica como premio o recompensa	Cumplimiento de 1/3 del tiempo total de condena
Salida dominical	12 meses previos al tiempo mínimo para postular a la libertad condicional
Salida de fin de semana	9 meses previos al tiempo mínimo para postular a la libertad condicional
Salida controlada al medio libre	6 meses previos al tiempo mínimo para postular a la libertad condicional

Fuente: Elaboración propia.

3. Ausencia peligro de fuga. Para descartar un peligro de fuga el Reglamento de establecimientos penitenciarios establece, en su artículo 109, que el jefe del establecimiento deberá considerar todas aquellas circunstancias relativas a la confiabilidad del condenado, es decir, todos aquellos elementos que permitan presumir que el condenado, con ocasión del permiso de salida, no quebrantará su condena. Como criterios de ayuda la normativa señala una serie de elementos que deberán ser evaluados por la autoridad administrativa, los que serían indiciarios de un peligro de fuga: gravedad de la pena, número de delitos cometidos y naturaleza de los mismos,

procesos y condenas pendientes. La gravedad de la pena, expresada en su duración y la existencia de procesos pendientes en virtud de los cuales el interno pueda ser nuevamente condenado a una pena privativa de libertad y de condenas cuyo cumplimiento se encontrare pendiente, aumentarían las probabilidades de fuga ya que las perspectivas futuras del condenado, esto es, el mayor tiempo que el condenado debiera estar privado de libertad, serían un estímulo para que éste, con ocasión del permiso, no regresara al penal.

4. Ausencia de peligro de comisión de un nuevo delito (peligro de abuso). Los permisos de salida sólo se otorgarán cuando pueda presumirse que el condenado respetará las normas que regulan el beneficio y no continuará su actividad delictiva (artículo 96 inciso final del Reglamento de establecimientos penitenciarios). Para descartar dicho peligro el Reglamento Penitenciario hace mención a dos elementos: la disposición del condenado de participar y cooperar en el proceso de reinserción social y los avances efectivos que aquél haya demostrado en este proceso.
   Respecto del primero, se da por establecido mediante la participación del recluso en la escuela, de manera regular y con provecho (artículo 110 letra b) del Reglamento de establecimientos penitenciarios), salvo que acredite tener dificultades de aprendizaje o estudios superiores a los que brinda el recinto, así como a través de su participación en las actividades culturales, recreativas o de capacitación programadas por la unidad (artículo 110 letra c) del Reglamento de establecimientos penitenciarios). Para evaluar la participación del recluso en dichas actividades se deben tener presente las circunstancias personales del interno y las características y recursos del establecimiento.
   Con respecto al segundo elemento —avances efectivos en el proceso de reinserción social— el recluso deberá demostrar que responde efectiva y positivamente a los programas de tratamiento. El Reglamento de establecimientos penitenciarios, en su artículo 97, hace referencia a este respecto a un proceso interno del recluso de reflexión acerca de su actuar, tomando conciencia del delito que cometió, del mal con él causado (incorporando el sufrimiento ocasionado a la víctima) y con ello reflejar una disposición al cambio. Este proceso deberá quedar plasmado en un informe psicológico.
   En relación a la evaluación de estos dos requisitos para el otorgamiento de las salidas esporádicas, debe tenerse presente que la custodia y las medidas de seguridad que pueden implementarse, disminuyen el riesgo de abuso, en comparación con los otros permisos de salida.
5. Necesidades de reinserción social. El artículo 96 inciso final del Reglamento de establecimientos penitenciarios señala que al momento de resolver una solicitud de permiso de salida serán determinantes las necesidades de reinserción social del recluso. Ello se relaciona directamente con el fin atribuido al cumplimiento de las penas privativas de libertad y al carácter instrumental de los permisos de salida. Por tanto, el jefe del establecimiento deberá determinar si la concesión del permiso satisface o no las necesidades de reinserción social del condenado. Si la medida no responde al fin resocializador o si éste se puede lograr dentro del establecimiento penal, la autoridad deberá denegar la solicitud.

6. Contar con redes externas de apoyo. Para obtener un permiso de salida el recluso deberá acreditar que cuenta con medios o recursos de apoyo o asistencia, ya sean familiares, penitenciarios o de redes sociales (art. 110 letra d) del Reglamento de establecimientos penitenciarios). Para ello se evacuará un informe social.
7. Muy buena conducta. Más allá de las críticas que puedan formularse a la exigencia de una determinada calificación de la conducta, el Reglamento de establecimientos penitenciarios exige para la obtención de un permiso de salida haber observado muy buena conducta durante los tres bimestres anteriores a la solicitud del permiso (art. 110 letra a) del Reglamento de establecimientos penitenciarios).

6.3.4.2.4. Procedimiento de concesión

En el procedimiento de resolución de una solicitud de permiso de salida intervendrán distintos actores dependiendo del tipo de salida. En todos los casos, sin embargo, será siempre el Jefe del establecimiento quién conceda, deniegue, suspenda o revoque un permiso (art. 98 del Reglamento de establecimientos penitenciarios):

a) Salidas esporádicas. La decisión de otorgar o denegar una salida esporádica por razones familiares o por comparecencia personal la adopta el Jefe del establecimiento, sin participación del Consejo Técnico.
b) Salida esporádica como premio y para actividades de reinserción social, salida dominical, de fin de semana y controlada al medio libre. En las solicitudes de estos permisos de salida interviene el respectivo Consejo Técnico. El jefe del establecimiento solo podrá otorgar un permiso si la solicitud respectiva cuenta con informe favorable de dicho organismo, esto es, cuando se pronuncie positivamente sobre ella. En este caso, sin embargo, el permiso podría ser también denegado. La resolución del Consejo Técnico, vinculante para el Jefe del establecimiento, es su informe desfavorable, ya que en estos casos la autoridad solo podrá denegar la solicitud.

En la evaluación de una solicitud de permiso de salida, los integrantes de los Consejos Técnicos deberán tomar en consideración todos los antecedentes del caso particular, que ya han sido desarrollados.

6.3.4.2.5. Requisitos en caso de quebrantamiento y/o comisión de un nuevo delito

El Reglamento de establecimientos penitenciarios establece requisitos adicionales en caso de que el recluso haya hecho un uso insatisfactorio de un permiso de salida.

a) Quebrantamiento de condena

El art. 111 del Reglamento de establecimientos penitenciarios establece que los condenados que hayan quebrantado o que voluntariamente hayan dejado de cumplir su pena privativa de libertad, deberán cumplir un tercio del saldo insoluto de la pena quebrantada para efectos de poder postular nuevamente a un permiso de salida, cualquiera sea el plazo que les falte para cumplir el tiempo mínimo de postulación a la

libertad condicional. De esta manera, se establece un plazo de espera que corresponderá, en cada caso, al saldo de la pena quebrantada. Sin perjuicio de ello, y en consonancia con el principio de inocencia que rige en el proceso penal, el inciso 2 del art. 111 establece que el jefe del establecimiento podrá otorgar un nuevo permiso mientras no se haya dictado sentencia en el juicio por quebrantamiento, sin el transcurso del plazo de suspensión.

b) Comisión de un nuevo delito
Aquellos condenados que con ocasión de un permiso de salida cometan un nuevo delito, no podrán postular a nuevos permisos durante el tiempo que les reste de condena. En este caso, se priva al recluso del derecho a postular a nuevos permisos durante la primera condena. En el caso que el recluso sea condenado por el delito cometido, podrá solicitar un nuevo permiso de salida, pero luego de cumplir, efectivamente privado de libertad, el saldo de la condena que estaba cumpliendo al momento que le fuere revocado el permiso de salida. Al igual que en el caso anterior, se establece un plazo de suspensión o espera para la postulación a un nuevo permiso de salida respecto de la nueva condena, que corresponderá en cada caso, al saldo de la primera condena.

Sin perjuicio de ello, la libertad por falta de méritos, la revocación de la resolución que somete a proceso, los sobreseimientos temporal y definitivo y la sentencia absolutoria que se dicten respecto del recluso restituirán a éste su derecho a postular a nuevos permisos de salida. Con excepción de los sobreseimientos y la sentencia absolutoria, se deberá adaptar la norma a los cambios introducidos por el nuevo proceso penal.

6.3.4.2.6. Suspensión y revocación de un permiso de salida
Las causales de suspensión y revocación de un permiso de salida se encuentran en diversas disposiciones del Reglamento de establecimientos penitenciarios y pueden agruparse en tres:

a) Modificación de las circunstancias que dieron originen a la concesión del permiso (art. 99 inciso 2).
El jefe del establecimiento deberá suspender o revocar el permiso de salida si las circunstancias que dieron origen a su concesión se modifican de manera tal que ya no resulte aconsejable que el condenado continúe gozando de él.

Mediante esta causal se establece la posibilidad de que la autoridad reaccione frente a un cambio de las circunstancias que permitieron la concesión del permiso, de modo que si aquellas hubiesen tenido lugar al momento de examinarse la solicitud del permiso, éste no se hubiese otorgado.

La modificación o el cambio en las circunstancias que motivaron la concesión del permiso debe tener lugar con posterioridad a su otorgamiento. Estas circunstancias no se circunscriben exclusivamente a la persona o conducta del condenado, sino que

comprenden también aquellos hechos o fundamentos de la salida, como por ejemplo, en el caso de una salida esporádica por enfermedad de un pariente, la mejoría en su estado de salud o cuando las diligencias urgentes ya no requieren de la comparecencia personal del condenado o pueden también referirse a circunstancias propias del recinto penitenciario como la falta de personal que lleve a cabo la tarea de vigilancia en los casos correspondientes. En estos supuestos el cambio de circunstancias obliga a revocar o suspender el permiso de salida.

b) Comisión de un nuevo delito y quebrantamiento de la condena durante o con ocasión de un permiso de salida (art. 112 inciso final y 113 inciso 1).
La comisión de un nuevo delito no admite la suspensión del permiso. Este deberá siempre revocarse. Esta restricción no se condice, sin embargo, con el respeto al principio de inocencia, ya que el Reglamento de establecimientos penitenciarios hace aplicable la revocación no sólo cuando el recluso es condenado por un nuevo delito, sino que también cuando reingrese a la unidad penal en calidad de detenido o sujeto a prisión preventiva, hipótesis éstas últimas que debieran dar lugar a una suspensión.

La hipótesis de quebrantamiento de condena exige distinguir entre una presentación voluntaria a la unidad penal después de la fecha y/u hora establecida (simple atraso) de un quebrantamiento de condena. La primera situación, que más bien corresponde a un incumplimiento de las obligaciones impuestas, ameritaría la suspensión del permiso, y no su revocación, ya que no importa una infracción grave por parte del condenado. Así, por lo demás, se deduce del art. 80 letra g) del Reglamento que establece como supuesto de falta disciplinaria leve el presentarse al establecimiento después de las horas fijadas cuando se hace uso de un permiso de salida.

c) Incumplimiento de las órdenes impartidas (art. 99 inciso 1 y final y 112)
El cumplimiento de las obligaciones establecidas por el Jefe del establecimiento no sólo constituye un elemento que aquél deberá analizar al momento de otorgar un nuevo permiso de salida sino que, además, es condición para la vigencia de éste ya que el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones o condiciones del permiso importará su suspensión o revocación.

En todos los supuestos de suspensión y revocación, las circunstancias que justifican la causal deberán acreditarse y ponerse en conocimiento del condenado, el que tendrá derecho a ser escuchado. La suspensión o revocación del permiso surtirá efecto una vez que le sea comunicada.

6.3.4.2.7. Consecuencias de la revocación o suspensión en la calificación de conducta (art. 112 inciso 2)
La revocación o suspensión de un permiso de salida importa que la conducta del condenado será calificada con la nota mínima, esto es: "*pésima*". Ello significa, para la solicitud de un nuevo permiso, el establecimiento indirecto de un plazo adicional

de espera o suspensión, ya que el recluso deberá tener tres bimestres de muy buena conducta y la normativa establece que el Tribunal de Conducta solo podrá aumentar en un grado la nota de conducta que el recluso haya obtenido en el bimestre anterior.

6.3.4.2.8. Recluso extranjero (art. 108)

Cuando un recluso extranjero obtiene un permiso de salida, la autoridad penitenciaria debe informarse respecto a si existe una orden de expulsión pendiente contra el recluso y dar a conocer a las autoridades pertinentes (Policía de Investigaciones de Chile) que el recluso hará uso de un permiso de salida a fin de evitar una expulsión anticipada.

6.3.4.2.9. Penas inferiores a un año (art. 115)

La norma señalada establece que los condenados a penas inferiores a un año tendrán derecho a postular a los permisos de salida, cumpliendo con los requisitos generales, cuando les sean aplicables. Estos requisitos fueron explicitados en la Res. Ex. Nº 1214/2007 del Director Nacional de Gendarmería de Chile.

1. Salida dominical y de fin de semana: puede solicitarse desde el inicio de la condena.
2. Salida diaria: se debe cumplir la mitad de la condena impuesta.

Capítulo 7. Beneficios penitenciarios que adelantan el momento de la excarcelación

7.1. Introducción

La evolución que ha experimentado el Derecho penal a finales del siglo XIX y los albores del siglo XX a través de las sucesivas reformas que han tenido lugar en el mismo han supuesto, principalmente, el reconocimiento de unos *"beneficios"* llamados *"beneficios penitenciarios"* que van a suponer una efectiva modificación de la pena impuesta, adelantando el momento de la excarcelación. Estos beneficios son una pruebas más de la sorprendente capacidad —casi camaleónica— que tiene la pena de prisión para adaptarse a las distintas políticas criminales y a las épocas con el objetivo de sobrevivir, sin que realmente se vean afectados sus elementos esenciales.

En este Capítulo vamos a tratar de delimitar conceptualmente lo que se entiende por "*beneficios penitenciarios*". Una vez abordada tal cuestión, será conveniente determinar cuál sea su naturaleza jurídica y plantearnos el fundamento de aquéllos. Finalmente, se analizará el instituto de la libertad condicional y otros beneficios penitenciarios, y el indulto particular, como ejemplos de beneficios penitenciarios que adelantan el momento de la puesta en libertad.

7.1.1. Concepto, fundamento y naturaleza jurídica de los beneficios penitenciarios

7.1.1.1. Concepto

Sin pretensiones de exhaustividad, vamos a tratar de aproximarnos al concepto de "*beneficios penitenciarios*". Históricamente, fue elaborado en el ámbito del Derecho privado, y se interpretó como equivalente al status de una persona, en un sentido similar al derecho de gracia, reconocidos a determinadas personas que, por hallarse en una situación jurídica especial, merecían asimismo contrarrestar los perjuicios derivados de esa especialidad. Valgan como ejemplo el llamado beneficio de abdicación, que permitía a la viuda renunciar a toda participación en los bienes del matrimonio, exonerándose de las deudas que el esposo hubiese contraído; o el beneficio de

competencia, que posibilitaba a algunos parientes rechazar toda cuota en los bienes, en aras de eludir las deudas contraídas. Por consiguiente, en una primera etapa, los "*beneficios*" fueron interpretados como equivalentes al status de una persona. Frente a esta primera aproximación, la Ciencia Penitenciaria aportó otro significado al concepto de "*beneficio*", bien distinto del anterior, entendido ya no como un status de la persona, sino como la propia acción con la que se mejora la condición de una persona y que se ajusta más fielmente a su acepción actual.

En el ámbito del Derecho penitenciario, los primeros textos legales no mostraron ningún interés por emplear un concepto ordenado y unívoco de beneficio, una prueba más de su desorden normativo. Tan solo interesaba destacar que se trataba de beneficio, es decir, concesión discrecional a la que no estaba obligada la Administración Penitenciaria. Por lo tanto, y en una primera aproximación, los "*beneficios penitenciarios*" pueden definirse como "*aquellas medidas que permiten la reducción de la condena impuesta o la duración de la misma*", suponiendo un adelantamiento de la excarcelación. O dicho con otras palabras, los beneficios penitenciarios son una especie de medidas que recibe el interno durante la ejecución de la pena, fundamentadas en su buen comportamiento.

En una perspectiva de derecho comparado se observa un creciente interés por aumentar los beneficios penitenciarios y experimentarlos con nuevos contenidos. Podemos clasificarlos según que afecten a uno de los siguientes criterios:

- Una primera aproximación nos permite distinguir entre beneficios que se aplican antes de comenzar la ejecución y los que se aplican durante la ejecución o al concluir esta. Los primeros tienden a denominarse beneficios penales y, los segundos, beneficios penitenciarios.
- Duración de la condena. La mayoría de los beneficios tan solo establecen un cambio en las condiciones del régimen, haciendo variar la intensidad de la privación de libertad. De manera que, incluso, disfrutando de plana libertad se sigue cumpliendo la condena (ej. libertad condicional). Otros afectan a la condena y el sujeto ve recortada la misma cuando obtiene el beneficio (ej. redención de penas por el trabajo). Estos últimos son de dudosa constitucionalidad porque permiten que un órgano administrativo, de quien generalmente depende la concesión o no del beneficio, pueda modificar el contenido sustancial de una pena firme impuesta por un órgano judicial.
- Contenido. Conforme a este criterio existen beneficios que consisten en poner en excarcelar al condenado, mientras que otros tienen un menor alcance y afectan solo a ciertas condiciones regimentales (v.gr. frecuencia en las visitas familiares).

7.1.1.2. Fundamento

Si recordamos que el origen de los beneficios penitenciarios entronca con los movimientos de reforma penitenciaria de los siglos XVIII y XIX, orientados a la resocialización

del delincuente, la justificación de aquellos reside en la exigencia de la individualización de la pena, y la concurrencia de factores positivos de evolución del interno, encaminados a conseguir su reeducación y reinserción social como fin principal de la pena privativa de libertad. En efecto, al menos, formalmente, todos los textos legales fundamentan la existencia de los beneficios en el compromiso del sistema penitenciario con los fines resocializadores. Oportunidad que nos permite reflexionar, una vez más, sobre la escasa confianza que tiene el legislador en la capacidad resocializadora de una prisión, ya que el instrumento resocializador más poderoso, que es el beneficio penitenciario, consiste en abrir la puerta de la cárcel y permitir salir al condenado.

Por otra parte, no podemos ignorar la relevancia que ha adquirido en las últimas décadas los beneficios como instrumento disciplinario. La crítica a la capacidad resocializadora de la prisión y la consiguiente crisis de estos fines y la masificación han permitido que todo el andamiaje resocializador con el que cuenta los sistemas penitenciarios modernos se ponga ahora, al servicio de lograr una disciplina en los establecimientos.

7.1.1.3. Naturaleza jurídica

La cuestión relativa a la naturaleza jurídica de los beneficios penitenciarios ha suscitado una aguda controversia, que pivota en torno a su consideración como "*derecho*" o como "*gracia*".

Un primer posicionamiento sostiene que los "*beneficios penitenciarios*" son una especie de "*gracia*" o dádiva que se concede a los internos, a cuya concesión no está obligada la Administración, siendo una potestad discrecional. Esta idea resulta frontalmente incompatible con los actuales sistemas penitenciarios de carácter resocializador y, sobretodo, sometidos al control de legalidad. Ampliamente invocado en los textos nacionales e internacionales, el principio de resocialización sintetiza fielmente los objetivos de la prevención especial positiva. Los beneficios entendidos como premios para favorecer el buen recluso guardan más relación con los sistemas retributivos, donde la Administración penitenciaria los concedía discrecionalmente, dado que el tratamiento penitenciario revestía un exclusivo carácter disciplinario, siendo su principal pretensión la expiación y el castigo del interno. Entendido el sistema penitenciario como un servicio civil del Estado, que afecta a las personas condenadas, no se compadece con la idea de la discrecionalidad de premios a los mejores ciudadanos. Por último, semejantes propuestas, antaño legítimas, resultan actualmente contrarias a los Pactos Internacionales protectores de los derechos de los detenidos y a las principales Declaraciones de Derechos Humanos.

Una segunda línea interpretativa —la única correcta a nuestro juicio— considera que los llamados "*beneficios penitenciarios*" constituyen auténticos "*derechos subjetivos*", subordinados a la concurrencia de ciertos requisitos establecidos en textos y reglamentos penitenciarios. Varios han sido los argumentos esgrimidos para fundamentar su naturaleza jurídica de derecho subjetivo. En primer lugar, como cualquier derecho

subjetivo, su titular puede recurrir en apelación, en caso de serle denegado, reclamando frente a terceros su legítimo derecho a ejercerlos. En segundo lugar, su concesión corresponde a la jurisdicción penitenciaria, que está obligada a concederla si se cumplen ciertos requisitos establecidos reglamentariamente. En tercer lugar, en los actuales sistemas penitenciarios es indudable el reconocimiento de derechos inherentes a los privados de libertad, acordes con la finalidad resocializadora.

Al calor de esa polémica se ha planteado si se debe conceder el beneficio en aquellos casos en los que concurren las condiciones objetivas y subjetivas, especialmente, cuando el condenado no es peligroso. El Tribunal Constitucional español (STC 25/2000 de 31 de enero; 8/2001, de 15 de enero; ATC 410/2004) ha mediado en la polémica señalando que la concesión debe «*expresar la ponderación de las necesidades de seguridad colectiva (prevención general) y las necesidades de resocialización (prevención especial) en atención a la peligrosidad del condenado...*». Compartimos la opinión de nuestro alto Tribunal. Este es, en efecto, el sentido de la expresión «fundamentalmente» que acompaña a la peligrosidad como criterio integrador para la concesión. Pero con ella, no sólo se quiere explicitar que los tribunales deberán ponderar todos los fines preventivos que se persiguen con la pena, incluidas las razones de prevención general y seguridad colectiva; sino también que, en caso de conflicto, deben considerarse «fundamentalmente» las razones de prevención especial frente a las de prevención general.

En síntesis, en la actualidad, en los sistemas penitenciarios resocializadores los beneficios penitenciarios forman parte del modelo de ejecución penitenciaria, erigiéndose en auténticos límites externos del *ius puniendi* en su fase de ejecución.

7.1.1.4. La irretroactividad de las normas y los beneficios penitenciarios

A continuación abordaremos un tema ampliamente debatido en el Derecho penitenciario moderno. Se trata, una vez más, de precisar el alcance del principio de legalidad en la fase de ejecución de las penas y, concretamente, de la pena privativa de libertad. Como ya tuvimos ocasión de ver la traslación de este principio a este ámbito no está exenta de problemas. Uno de los más complicados es resolver la garantía de la irroteroactividad que como todos sabemos tiene una doble dimensión: irretroactividad de la norma desfavorable y retroactividad de la favorable. Se trata, pues, de aplicar la ley penitenciaria a quienes se encuentran cumpliendo pena de prisión con independencia de que en el momento de la comisión del delito estuviera en vigor una ley más favorable para el condenado. Desde una perspectiva jurídica el problema viene planteándose por la doctrina y la jurisprudencia hace décadas, coincidiendo con los momentos en que el espacio penitenciario o de ejecución de penas comenzó a ser objeto de atención y regulación normativa. Desde entonces interesa saber si las normas referidas a ejecución de penas están sometidas con el mismo rigor que las penales al principio de legalidad y la forma en que opera en relación con ellas el principio de irretroactividad. El problema se ha acrecentado en las últimas décadas en la medida que cada vez son más los institutos jurídicos penitenciarios que permiten obtener

beneficios que alteran sensiblemente la virtualidad del contenido de esta pena. Asociado a estos problemas está dilucidar que entendemos por normas de carácter penitenciario o normas relativas a la ejecución de las penas que ya hemos abordado en el capítulo primero de esta obra, cuestión sobre la que dista mucho de existir una opinión pacífica, debido entre otras cosas a la movilidad a que somete el legislador constantemente a este ámbito jurídico. Las soluciones pueden ser las siguientes:

1. A la totalidad de las normas referidas a la ejecución de las penas se les aplica el principio de irretroactividad en los mismos términos que a las normas penales (principio de asimilación). En consecuencia, tomando siempre como referencia el momento de la comisión dichas normas son irretroactivas salvo que favorezcan al reo.
2. Las normas referidas a la ejecución no son normas penales, por lo que para su eficacia no se debe tomar como referencia el momento de la comisión de la infracción, sino el momento de la ejecución, como sucede con las normas procesales (principio de diferenciación). De forma que en cada momento durante el tiempo de cumplimiento se vendrá aplicando la norma de ejecución vigente —tempus regit actum—. Obsérvese que desde esta segunda tesis no es preciso concluir negándoles a los principios de retroactividad/irretroactividad eficacia en el ámbito de las normas de ejecución, sino proponer un cambio en el acto de referencia.

Es cierto que la irretroactividad es una garantía asociada en primer lugar al principio de legalidad y a la seguridad jurídica, pero también a la función motivadora de las normas. Solo la norma conocida tiene capacidad para disuadir a las personas de realizar determinados actos socialmente no deseados. De nada sirve un mensaje de endurecimiento después del delito (o sirve solo para generar desconfianza en el derecho). Pero no son menos importantes las consideraciones que podemos hacer desde la óptica de la seguridad jurídica en relación con la irretroactividad, porque no son los cambios oportunistas y coyunturales de las leyes la mejor forma de reforzar la confianza en las garantías que el Estado del Derecho postula para los ciudadanos. De las exigencias de garantía nace el derecho de los ciudadanos a saber cuál es la pena que le corresponde a la acción tipificada en la norma penal como delito o falta, el derecho del ciudadano a conocer con certeza cuál es la forma en que se van a aplicar las penas, a saber, en definitiva, en que se va a traducir en la práctica la pena o sanción impuesta. Parece difícil estar en desacuerdo con ello, siempre que por tal se entienda que ese derecho no es esencialmente el derecho de cada ciudadano a saber que le va a pasar a otro si delinque, sino de todos y cada uno de los ciudadanos a saber, en concreto, que le va a pasar a cada uno de ellos si delinque. Y si eso es lo que busca, de poco sirve saberlo antes de delinquir, si después del delito, puede cambiarse la forma en que se va a aplicar la pena o aquello el modo por el que finalmente se va a regir algo tan sustancial al castigo como es el modo de su ejecución.

Estas reflexiones no nos permite llegar a la errónea conclusión de que solo aquellas normas que tienen como misión la motivación de las conductas humanas tienen que ser irretroactivas y, consiguientemente, excluir a las normas de ejecución de penas de esa garantía. Semejante conclusión adolece de dos graves errores, el primero, desconsiderar la importancia de la irretroactividad desde una óptica de seguridad jurídica. La segunda creer que son escindibles en el marco de la prevención general la tipificación de una conducta y la amenaza penal y su ejecución.

Por otra parte, la retroactividad, prevista para las normas favorables al reo, excepciona el principio de legalidad en la medida que se permite la aplicación de una norma ya derogada —ultraactividad—, posibilidad esta, generalmente, prohibida.

A nuestro juicio, ninguno de aquellos principios —asimilación y diferenciación— puede aplicarse, satisfactoriamente, hasta sus últimas consecuencias sin hacer diferenciaciones dentro de las normas de ejecución de penas. Con el principio de asimilación, por ejemplo, no podríamos aplicar a la población de un centro unas normas penitenciarias que reformaran, endureciéndolo, el régimen disciplinario, ya que todos los internos lo estarían por delitos cometidos con anterioridad a la entrada de las mismas. Por el contrario, si partimos del principio de diferenciación todos aquellos beneficios penitenciarios que se hicieran depender del tiempo de pena cumplida habrían de computarse solo a partir de su entrada en vigor y no desde el momento en que se comenzó a cumplir la condena y, a la inversa, un endurecimiento en las condiciones de obtención de un beneficio o, sencillamente, su desaparición introducida por una reforma legislativa afectaría también a quienes ya habían logrado mitigar su prisión gracias a consolidar el beneficio en la situación anterior a la reforma.

Hay, pues, que empezar reconociendo que bajo el totum de normas penitenciarias se agrupan un conjunto normativo muy diverso en el que encontramos unas de carácter técnico, otras organizativas, otras procedimentales, otras que van referidas a aspectos sustanciales de la pena privativa de libertad, etc. Esto nos da una idea de la enorme complejidad que tiene el tema, ya que no solo estamos obligados a diferenciar las normas penales de las normas de ejecución de penas, sino que dentro de estas últimas parece preciso seguir estableciendo diferencias. Necesariamente deberemos acotar nuestro análisis a algunas de estas normas que están dentro del macro concepto de normas de ejecución, pero que tiene una respuesta matizada al principio de legalidad y de irretroactividad.

Dentro de esa constelación y de cara a plantear el problema de la irretroactividad nos parece necesario distinguir dos grandes grupos normativos en la legislación:

- Normas penitenciarias (o de ejecución penal) funcionales. Dentro de las cuales se encuentra un amplio espectro de normas reguladoras de aspectos sectoriales de la ejecución —sanidad, trabajo, educación, higiene— y también normas de régimen general —derechos y deberes, contactos con el exterior, régimen disciplinario, etc.—.

- Normas penitenciarias (o de ejecución penal) sustantivas. Incluye todas aquellas normas relativas al cumplimiento material de la pena. Coinciden esencialmente con los llamados beneficios, pero, eventualmente, se incluyen también aquí aquellas otras normas que contemplan sustituciones de la pena durante la ejecución o resuelven problemas que pueden afectar a esta, como las enfermedades sobrevenidas y su repercusión en la ejecución de las penas.

Las que hemos denominado normas funcionales se rigen por el acto de ejecución, de manera que se aplican en el momento en que entran en vigor y con efecto retroactivo, siempre que fuera posible. Veamos unos ejemplos. Una nueva disposición que modificara las competencias del director de un centro, la composición de un órgano penitenciario colegiado, redujera el número de llamadas que puede hacer el interno u obligara a la Administración a garantizar una celda para cada uno de ellos se aplica en el momento que su entrada en vigor, sin embargo, esta última, a pesar de ser más favorable para el interno, no puede —por su propia naturaleza— aplicarse con efectos retroactivo. En cambio, una norma que ampliara las recompensas o el acceso a los beneficios penitenciarios, incluyendo dentro de los actos recompensables nuevas conductas del interno dentro del establecimiento, se aplicaría también con efecto retroactivo, al serle favorable.

Por el contrario, las normas sustantivas se rigen por sus propios principios. Dentro de ellas —a estos efectos— todavía es conveniente introducir una matización, según se trate de normas sustantivas de carácter general que no guardan relación con el delito cometido, sino con la relación jurídica originada por la sentencia condenatoria firme, es decir, con el hecho de la pena impuesta como consecuencia indiferenciada de la comisión de un delito y norma sustantivas específicas, que modulan la ejecución de la pena en función del delito cometido. Como ejemplo del primer grupo podemos señalar las normas que regulan los permisos de salida, las que se refieren a los requisitos generales de obtención de la libertad condicional o al régimen abierto. Por el contrario, del segundo grupo forman parte aquel conjunto de normas en las que el legislador condiciona la obtención de un cambio sustancial en la ejecución de la pena del tipo de delito cometido, como agresores sexuales o narcotraficantes. Las primeras toman en cuenta el momento en que se inicia la ejecución de la pena —entiéndase extensivo a cualquier tipo de pena— para aplicar los criterios de retroactividad/irretroactividad. Las segundas, en cambio, forman parte inescindible de la potencialidad disuasoria de la norma que describe la conducta típica y, en consecuencia, aplicará esos criterios tomando en cuenta el momento de la comisión del delito.

¿Por qué las primeras deben regirse por el momento de ejecución y no por el de comisión? A nuestro juicio, una solución distinta podría ocasionar problemas de ejecución insalvables en aquellos casos en los que trascurre un tiempo considerable entre la comisión del delito y la ejecución material de la pena. Por otra parte, la referencia debe ser el momento en que se inicia la ejecución porque es entonces cuando adquiere

vigencia la relación jurídica entre la administración de justicia y el condenado, la cual sirve de fundamento a las normas penitenciarias.

De esta forma, se garantiza, como mínimo, que al penado se le aplicarán aquellas normas vigentes en el momento de la ejecución de la pena, salvo que la reforma le sea más favorable, en cuyo caso adquieren efecto retroactivo. La razón de este cambio dentro del mismo cuerpo legislativo se explica porque la pena es, esencialmente, amenaza penal, pero como tal amenaza para que resulte eficaz tiene que cumplirse, de manera que sin su ejecución la pena carecería de contenido, incluido los propios contenidos preventivos. Ninguno de los fines de la pena podría alcanzarse si esta no llegara a ser ejecutada. Por ello, distinguir entre pena, por un lado, y la "*vida de la pena*", por otro, como si aquella pudiera existir materialmente al margen de su ejecución es contrario a toda lógica jurídica a toda experiencia y a la propia teoría de la pena. Una visión integradora de la pena en la que se tenga en consideración tanto su duración como su intensidad constituye una unidad inescindible en un sistema penal orientado a la prevención.

De esta manera no puede afirmarse que lo que afecta a la pena y dentro de ella a esa zona esencial que es su cumplimiento material no forma parte del contenido esencial del Derecho Penal. La amenaza penal, que aspira a la motivación de las conductas de las personas en una sociedad, no es solo de una pena en abstracto, sino también cuentan las circunstancias de su cumplimiento. La ley informa a las personas que la comisión de un determinado delito está castigada con una pena de prisión que por su gravedad podrá ejecutarse en uno u otro tipo de establecimiento y con posibilidades de acceder a unos u otros beneficios penitenciarios. La forma de cumplimiento contiene en no pocas ocasiones más carga aflictiva que la duración temporal, no tendría sentido que redujéramos, pues, el concepto de sustantividad a la duración, sin abarcar la forma de ejecución.

Aun aceptando que la forma de cumplimiento de la pena se hace sin sobrepasar el tope máximo de la condena determinado por el tribunal en la sentencia firme y que los beneficios penales son una expectativa; si las peores expectativas se terminan convirtiendo en regla —por ejemplo, porque se impide el acceso a algunas de las formas de cumplimiento, como la conversión o la reserva del fallo— aun cuando sea en la fase de ejecución de la condena, no puede afirmarse que ello no tiene relevancia en cuanto al juicio de favorabilidad o desfavorabilidad de la norma. Es innegable que determinadas reformas afectan negativamente a la ejecución por más que solo planteen modificaciones dentro del marco de pena a que el sujeto fue condenado. La norma es desfavorable con independencia de que hipotéticamente no lo sea en un caso concreto. Dificultar con carácter general —y, mucho más, impedir— el acceso a la redención de penas por el trabajo, la semilibertad o libertad condicional es imposible que no tenga antes o después su reflejo en una pluralidad de casos particulares, de casos en los que, cumplidos todos los requisitos que "*antes*" se exigían, no se cumplan algunos de los introducidos más tarde por una ley que en todos esos casos va a resultar más desfavorable.

Esta evidencia requiere de una respuesta que conjugue las garantías del sistema penal con los fines de la fase de ejecución.

Existe una corriente de opinión que entiende que las normas relacionadas con la ejecución de las penas se aplican a todas las penas que se encuentren ejecutándose en el momento de su entrada en vigor, sin considerar el momento de la comisión del delito (principio de diferenciación). Dos son los argumentos con los que se pretende avalar esta tesis:

- Por una parte, que nos encontraríamos en una suerte de retroactividad débil o impropia, en cuanto que no afecta a las resoluciones ya dictadas sobre los referidos beneficios aun cuando no se cumplieron los requisitos que ahora se exigen, sino que se refiere a resoluciones que se toman desde la fecha de entrada en vigor de la ley . Es decir, que aunque sea la ejecución la referencia, se toma esta de manera fragmentada, que permite escindir en dos el tiempo de ejecución, antes y después de la reforma.
- Que se trata de una disposición referida a normas de ejecución, incluso a normas procesales de ejecución y no a normas penales en sentido estricto.

Ninguno de los argumentos es convincente. La irretroactividad débil o impropia no desmerece el rigor de este principio. Bien al contrario, es una garantía consustancial al mismo, de manera que siempre que se invoca la irretroactividad se está afirmando que las situaciones jurídicas consolidadas no se modifican, salvo que no sea para favorecer a la persona. Esto es precisamente lo que sucede en relación con la norma penal.

Pero tampoco seduce el segundo de los argumentos porque no está claro que una norma en la que se aborda la regulación de unos beneficios, no sea ley penal en el sentido constitucional, sino una norma de naturaleza procesal o penitenciaria o de ejecución y, aun siéndolo, tampoco puede afirmarse con carácter general que el principio de legalidad y la irretroactividad no afecten a este tipo de normas.

A nuestro juicio la solución de este problema para las que hemos llamado normas de ejecución sustantivas no está ni en la diferenciación ni en la asimilación. Es preciso concebir el cumplimiento de la pena como una unidad jurídica inescindible y continuada. De esta manera los principios de irretroactividad/retroactividad solo podrían plantearse en aquellos supuestos en los que se pretendiera hacer valer una reforma antes de iniciar el cumplimiento de una pena. Durante el cumplimiento la aplicación de una reforma va a responder necesariamente a las garantías y principios que rigen esta fase del sistema penal.

¿En qué sentido varían los criterios vigentes para la ley penal cuando hablamos de normas de ejecución sustantivas? En primer lugar, debe partirse de un marco de garantías similar. Es decir, ni la seguridad jurídica ni la legalidad se debilitan en esta fase.

Principio avalado por textos los internacionales, como la DUDH en su Art. 11, inc. 2, por solo citar el más relevante.

Ahora bien, los criterios de beneficio o perjuicio para el condenado son distintos, se cargan de consideraciones preventivas, se enriquecen de ellas. De manera que una mayor facilidad de acceso a un beneficio puede resultar inoportuna en un proceso de tratamiento resocializador y hacer recomendable que se mantenga durante un tiempo la situación anterior. Una decisión de esta naturaleza debe de estar precedida por un informe técnico y resuelta por un órgano judicial. Pero no acaban aquí las diferencias. En el ámbito de la ejecución tiene un mayor peso las consideraciones humanitarias, las cuales pueden entrar en conflicto, incluso, con los fines resocializadores.

7.1.2. La libertad condicional

Como hemos indicado al principio de este Capítulo, la libertad condicional es una auténtico "*beneficio penitenciario*", el último paso del sistema antes de egresar al exterior, al permitir al interno, en quien concurran determinadas circunstancias, la posibilidad de cumplir en libertad el último período de la condena, siempre que durante dicho tiempo no vuelva a reincidir o incumpla las reglas de conducta que, eventualmente, se le hayan impuesto. Por lo tanto, y en consonancia con la definición de "*beneficios penitenciarios*" que hemos sostenido, nos encontramos ante un derecho subjetivo del penado, que adelanta el momento de la excarcelación, si bien de manera condicional.

Históricamente, la libertad condicional es producto del movimiento de reforma penitenciaria acontecido en los siglos XVIII y XIX, como resultado de la implantación del sistema progresivo, del cual se fue alejando hasta convertirse en un instituto autónomo de los más aplicados en el mundo. Comúnmente, entre las razones que han justificado la aplicación del mencionado beneficio se han mencionado razones de prevención general, de prevención especial e incluso, razones prácticas, dirigidas a evitar el hacinamiento del que adolecen los establecimientos penitenciarios.

Una vez sentadas estas premisas, es conveniente subrayar que la concesión de este beneficio requiere que la persona privada de libertad que pretenda disfrutar de aquél reúna una serie de requisitos, a los que vamos a referirnos brevemente:

- El penado debe encontrarse cumpliendo una pena privativa de libertad, excluyendo el disfrute de la libertad condicional en los casos de condenados a otra clase de penas. No deja de ser contradictorio que los condenados a la pena más grave puedan acceder a un beneficio que la convierte de hecho en una pena simbólica y, en cambio, los que lo han sido a penas leves, como la multa o las inhabilitaciones, o incluso, a penas privativas de libertad, alternativas a la prisión, deberán cumplirlas íntegramente.
- En aquellos países en los que la libertad condicional sigue vinculada a los sistemas progresivos, el condenado debe estar clasificado en la fase precedente para poder obtener

la libertad. Por lo general, esta fase inmediatamente anterior comporta el traslado a un régimen abierto en el que el condenado puede salir al exterior y volver a pernoctar a la prisión. Este paso intermedio de preparación para la libertad es muy importante, en especial, cuando se trata de condenados a largas penas que prácticamente han perdido las relaciones con el mundo libre. Para que sea eficaz es recomendable que tenga una cierta duración. En esta fase intermedia se puede hacer un seguimiento de los primeros pasos del condenado en libertad; por lo tanto no consiste en abrir parcialmente la prisión sino poner en marcha un programa controlado de experiencias en libertad que aseguren que no haya excesivos riesgos cuando se obtenga plenamente el beneficio.

- Deben haberse cumplido un determinado tiempo de la condena. Este requisito que se mantiene en muchos sistemas recuerda los antiguos modelos en los que a falta de otros criterios de base empírica o científica condicionaban la concesión del beneficio al mero transcurso del tiempo penitenciario. Presumiendo que el mero trascurso de este sin incidencia era una prueba positiva de recuperación del penado.
- El penado debe haber observado buena conducta. También se encuentra presente en la mayoría de las legislaciones. Buena conducta se entiende, generalmente, como buena conducta penitenciaria, lo cual es contradictorio con el propio fundamento de la libertad condicional ya que esta tiene como objetivo los buenos ciudadanos y no los buenos internos. En ocasiones la mala conducta penitenciaria denota una presumible mala conducta ciudadana, pero no siempre es así. De forma que este requisito en ocasiones se convierte en un obstáculo injustificado para acceder al beneficio. Por esta razón sería más recomendable interpretar la buena conducta en el sentido de una actitud positiva del condenado respecto del futuro o, incluso, en determinados delitos, respecto de la víctima.
- Debe existir un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, emitido por un equipo técnico. A veces se ha criticado este requisito señalando que si el acortamiento de la condena se hace depender de criterios psicobiocriminológicos, no sólo entraña un enorme de peligro de inseguridad jurídica y un retorno en el ámbito penitenciario, en el cumplimiento efectivo de la condena al Derecho penal de autor. Sin embargo, el informe del equipo técnico es un elemento esencial, no solo para programar los primeros momentos en libertad, sino también para tener una mínima seguridad de que el sujeto no volverá a reincidir. El equipo técnico debe asumir más funciones que las de realizar este informe, también debe ser el encargo de evaluar periódicamente la evolución del sujeto en libertad.

En aquellos países que disponen de Jueces de vigilancia penitenciaria parece lógico exigir que la decisión final de conceder o no la libertad condicional recaiga en el órgano judicial ya que nos encontramos ante el beneficio que tiene mayor alcance.

7.1.3. Otros beneficios penitenciarios

Como ya hemos apuntado en la clasificación de los llamados beneficios penitenciarios es preciso distinguir entre beneficios que afectan a la ejecución material de la condena,

acortándola, y otros que posibilitan el adelantamiento de la excarcelación. No vamos a realizar un análisis exhaustivo de cada uno de ellos, ya que algunos han sido estudiados al abordar el tema de las relaciones con el exterior (salidas y permisos, visitas íntimas) [tema 6].

7.1.3.1. El adelantamiento de la libertad condicional

Este beneficio penitenciario supone una excepción a las reglas de la libertad condicional, prescindiendo del requisito de cumplimiento de determinada cuantía de la condena. En aquellos casos en que el penado haya mostrado buena conducta y realizado actividades labores, culturales u ocupacionales continuamente, es posible conceder la libertad condicional, sin atender al tiempo de pena cumplida. Se trata de conceder la máxima discrecionalidad a la administración para otorgar el beneficio allá donde se estime conveniente desde una perspectiva resocializadora. En cierta forma llevado a estos extremos la libertad condicional disuelve la eficacia del principio de igualdad ante la ley.

7.1.3.2. El indulto particular

Esta medida igualmente encaminada a adelantar la excarcelación, puede concederse a la persona privada de libertad, que durante un mínimo de dos años haya mostrado buena conducta, participando en actividades laborales y culturales, tanto en la prisión como en el mundo exterior y, finalmente, haya participado activamente en aquellas actividades relacionadas con la reinserción. En aquellos países en los que la concesión corresponde al poder ejecutivo, el indulto se convierte en una grave injerencia en el carácter exclusivo y excluyente que ostenta el poder judicial administrando justicia frente al resto de los poderes estatales.

En el ámbito jurisprudencial comparado ha sido paradigmática la Decisión de 7 de septiembre 1989 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Legitimación. Condición de víctima. Se concedió el indulto, y paralelamente, la concurrencia de circunstancias particulares de la condena del demandante por difamación. Inadmisión de la demanda).

7.1.4. Otras figuras afines

En algunos países de nuestro ámbito cultural aun encontramos otros tipos de beneficios, cuyo estudio haría esta relación prácticamente interminable, de manera que concluiremos el capítulo refiriéndonos a modalidades excepcionales de la libertad condicional, más o menos extendidas. Nos vamos a referir, en concreto, a la libertad condicional para enfermos incurables y para personas de edad.

Tratando de buscar un fundamento que justifique la existencia de ambas figuras, se han esgrimido sobre todo razones humanitarias, en este sentido se ha expresado, entre otros muchos, el Tribunal Constitucional español: "*la puesta en libertad condicional de quienes padezcan una enfermedad muy grave y además incurable tiene su fundamento*

en el riesgo cierto que para su vida y su integridad física, su salud en suma, pueda suponer la permanencia en el recinto carcelario. Por consiguiente, no exige la existencia de un peligro inminente o inmediato ni tampoco significa que cualquier dolencia irreversible provoque el paso al tercer grado penitenciario, si no se dieren las otras circunstancias antes indicadas (…) entre ellas, como aquí ocurre, la menor peligrosidad de los así libertos por su primera capacidad disminuida. En definitiva, no pietatis causa sino por criterios enraizados en la justicia como resultado de conjugar los valores constitucionales implicados en esta situación límite, insoluble de otra guisa" (STC 48/1996, 25 marzo).

La libertad condicional anticipada por motivos de salud coincide en el tiempo con la aparición del Sida en prisiones como consecuencia del consumo parenteral de heroína. La llamada generación de la heroína trajo consigo a la cárcel enormes problemas de salud individual y colectiva. Sus portadores contraían la enfermedad durante un largo periodo de tiempo, con graves riesgos de contagio al resto de la población. El final era predecible por lo que su presencia en la cárcel carecía de todo fundamento, no por razones resocializadoras, sino simplemente por humanidad se estableció esta libertad condicional anticipada que no exigía que el paciente se encontrara en fase terminal, porque, entonces, no resolvía ningún problema.

Similares razones concurren en la libertad anticipada de los mayores de edad. Con independencia de la edad que se acuerde, llegado a una etapa en la vida de la persona, salvo que haya razones que no lo hagan recomendable, el mínimo sentido de humanidad que se exige a la justicia, hace recomendable tener prevista una excarcelación anticipada. Generalmente, se aplica a personas que han pasado un largo periodo de su vida en la prisión y, las penas, como las personas, envejecen. Las razones de prevención general se difuminan y la presencia del condenado en la cárcel es inútil y, como ya decía Becaria, las penas inútiles también son crueles.

Tanto en un caso, como en otro, es decir, en los enfermos y los ancianos, la excarcelación no puede interpretarse como abandono. Los servicios civiles del Estado deben tener previsto la atención postpenitenciaria de estas personas. Las cuales, muy probablemente, se va a encontrar absolutamente abandonadas.

7.1.5. Los beneficios penitenciarios en la legislación internacional

Todos los textos internacionales se pronuncian sobre la necesidad de concebir la ejecución de la pena de prisión de una forma, que podríamos denominar, porosa, es decir, procurando que hasta donde sea posible los condenados dispongan de vías para mantener los contactos con el exterior. Estos no deben encontrar nada más que dos límites: las circunstancias personales del condenado y evitar el vaciamiento de la pena. También coinciden los referidos textos en la necesidad de evitar arbitrariedades en la concesión de estos permisos mediante la intervención de una autoridad judicial en su concesión.

A este respecto, las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad (Reglas de Tokyo) disponen que *"(1) Las disposiciones pertinentes de las presentes Reglas se aplicarán a todas las personas sometidas a acusación, juicio o cumplimiento de una sentencia, en todas las fases de la administración de la justicia penal. (2) A fin de asegurar con mayor flexibilidad, compatible con el tipo y la gravedad del delito, la personalidad y los antecedentes del delincuente y la protección de la sociedad y evitar la aplicación innecesaria de la pena de prisión, el sistema de justicia penal establecerá una amplia serie de medidas no privativas de la libertad, desde la fase anterior al juicio hasta la fase posterior a la sentencia. El número y el tipo de las medidas no privativas de la libertad disponibles deben estar determinadas de manera tal que sea posible fijar de manera coherente las penas*" (artículo 2).

En el mismo sentido, las referidas Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad decretan que "(*1) Se pondrá a disposición de la autoridad competente una amplia serie de medidas sustitutivas posteriores a la sentencia a fin de evitar la reclusión y prestar asistencia a los delincuentes para su propia reinserción social. (2) Podrán aplicarse medidas posteriores a la sentencia como las siguientes: (a) Permisos y centros de transición; (b) Liberación con fines laborales o educativos; (c) Distintas formas de libertad condicional; (d) La remisión; (e) El indulto. (3) La decisión con respecto a las medidas posteriores a la sentencia, excepto en el caso de indulto, será sometida a la revisión de una autoridad judicial u otra autoridad competente e independiente, si lo solicita el delincuente. (4) Se considerarán cuanto antes las posibilidades de poner en libertad al recluso de un establecimiento y asignarlo a un programa no privativo de libertad*" (Regla 9).

7.2. Estudio jurídico. Argentina

7.2.1. Derechos del interno a egresar anticipadamente del establecimiento penitenciario

Nuestra legislación prevé diversos derechos para los internos que han cumplido ciertos requisitos mientras se encuentran condenados. Consideramos que se trata de verdaderos *derechos,* dado que el juez tiene el deber de otorgarlos si se cumplen las exigencias legales. Además, hay que tener en cuenta que el interno ha realizado un esfuerzo por alcanzar las metas impuestas y al lograrlas tiene el *derecho* de adelantar su egreso y éste deberá ser el argumento en caso de tener que recurrir ante la alzada.

Por otra parte, en caso de cumplir los requisitos, implica que está cumpliendo el tratamiento penitenciario y, por ello, se encuentra más próximo a la reinserción social.

El Grupo de Trabajo de la Organización de las Naciones Unidas sobre Detención Arbitraria, en su visita a la argentina en mes de octubre del año 2003, recuerda que la Corte IDH *"recomendó medidas urgentes respecto de la sobrepoblación, y recomendó estudiar la posibilidad de aumentar la capacidad del sistema penitenciario o de disminuir la*

sobrepoblación a través de medidas alternativas tales como liberación anticipada; liberación bajo caución, liberación bajo palabra, arresto domiciliario, prisión nocturna, prisión diurna, permisos de salida, etc. "

(Resolución del 22 de noviembre de 2004, visto nº 2.k)

7.2.1.1. Libertad condicional. Reincidencia

Libertad condicional

La libertad condicional es la posibilidad de recuperar la libertad luego de haber cumplido de manera efectiva una parte de la condena a pena de encierro, quedando sujeto al cumplimiento de determinadas condiciones que impone el juez de ejecución penal.

La libertad condicional es otorgada por el juez de ejecución o el juez competente que tiene a cargo al interno y puede ser de oficio o bien a pedido del defensor. Para ello, el interno tiene que cumplir con los requisitos que están establecidos en el art. 13 del CP, que son del tipo objetivos y subjetivos. Entre los objetivos, encontramos el haber cumplido, el interno, un período de tiempo de condena (por ejemplo en las penas superiores a tres años, las dos terceras partes de la condena, en las menores de 3 años, haber cumplido efectivamente 8 meses detenido). Entre los requisitos subjetivos, encontramos que debe haber cumplido regularmente los reglamentos carcelarios y también que debe obtener un informe favorable del organismo técnico criminológico a fin de que pronostique que la libertad condicional favorecerá el tratamiento de reinserción del interno en cuestión; dichos informes deben ser fundados.

Una vez efectuada la solicitud e incorporado los informes criminológicos en el respectivo incidente, se deberá correr las vistas debidas y luego el juez de ejecución resolverá la solicitud. Claro que cuando se deniega la misma, además del derecho a interponer formal recurso de casación, luego de transcurridos 6 meses de la primera solicitud, se puede volver a formalizar nuevamente el pedido.

La defensa deberá poner especial atención a aquellas cuestiones en que el informe técnico criminológico, o el dictamen fiscal sean negativos, ya que es ahí donde suelen filtrarse criterios peligrosistas que atentan directamente contra el principio de culpabilidad, al constituirse en un derecho penal de autor. En efecto, una defensa atenta deberá velar para que se respeten en esta etapa todas y cada una de las garantías procesales penales, penales y constitucionales vigentes en nuestro derecho. En este sentido, nunca podrán aceptarse argumentos del estilo de "… el interno reingresará a un hogar desintegrado …", o "… el lugar al que regresará es un barrio urbano marginal y de controles relajados…". Estos argumentos suelen utilizarse por parte del área social de los penales y, claramente, son violatorios del principio de culpabilidad, legalidad, entre otros, desde el momento en que se deniega el ejercicio de un derecho por razones no imputables a él.

Como vemos, no es automático el otorgamiento de la libertad condicional, sino que es materia de interpretación del juez de ejecución, si éste no la concede siempre es posible recurrir dicha decisión ante la Cámara Nacional de Casación Penal.

Tal como dijimos, la libertad condicional debe ser solicitada antes de cumplir las dos terceras partes de la pena, para ser resuelta al tiempo de cumplir el plazo impuesto para esta.

Requisitos legales:

1. Haber cumplido en prisión determinado tiempo de la condena, fijado según el art. 13 del CP.
2. Haber observado con regularidad los reglamentos carcelarios;
3. No ser reincidente. Se considera reincidente, según el art. 50 del CP, a aquel sujeto que anteriormente cumplió una pena de prisión de efectivo cumplimiento en todo o en parte.
4. No haberse revocado anteriormente la libertad condicional.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que al referirse en el punto dos al cumplimiento regular de los reglamentos carcelarios, se está haciendo referencia a que ello no implica que el interno no posea ningún tipo de sanciones, sino que, tal como lo está sosteniendo de manera pacífica gran parte de la jurisprudencia, la idea de "regular", alude a que el interno debe acatar de manera sostenida la normativa penitenciaria; esto es que puede tener sanciones pero precisamente la regularidad debe ser el cumplimiento del reglamento y no el incumplimiento del mismo.

Hay que tener en cuenta que la libertad condicional NO es viable ante determinados hechos.

Así, no podrán acceder a la libertad condicional los condenados por los siguientes delitos:

- Homicidio agravado previsto en el art. 80, inciso 7, del Código Penal.
- Delitos contra la integridad sexual de los que resultare la muerte de la víctima, previstos en el art. 124 del Código Penal.
- Privación ilegal de la libertad coactiva, si se causare intencionalmente la muerte de la persona ofendida, previsto en el art. 142 bis, anteúltimo párrafo, del Código Penal.
- Homicidio en ocasión de robo, previsto en el art. 165 del Código Penal.
- Secuestro extorsivo, si se causare intencionalmente la muerte de la persona ofendida, previsto en el art. 170, anteúltimo párrafo, del Código Penal.

La solución ante esta negativa es plantear la inconstitucionalidad de la ley por ser contraria al principio de resocialización, proporcionalidad y progresividad de las penas, y tal como se dijo en capítulos anteriores, la única finalidad válida del encierro es

la reinserción, por lo tanto, si se condena a una persona a prisión perpetua, estamos sosteniendo que no podrá reinsertarse y por eso estamos negando la libertad condicional. Así, una pena que surge legítima (en cuanto al origen de su dictado), se convierte en ilegítima (en cuanto a que está vaciada de contenido en su ejecución).

También impide el acceso a la libertad condicional el hecho de que anteriormente se haya otorgado y revocado (art. 17 ley 24660). La revocación de la libertad condicional se realiza ante la comisión de un nuevo delito o cuando se viola la obligación de residencia, ya sea porque se muda de domicilio y no lo informa al tribunal o se ausenta sin aviso.

Por ello, habrá que tener especialmente en cuenta que si se revoca por esta causal, se deben comprobar fehacientemente la realización de ese nuevo delito, cuestión ésta que se comprueba con la sentencia condenatoria del nuevo delito.

En los supuestos en que el interno tenga más de una condena, es necesaria la unificación que abarque todas las sentencias que pueda registrar. Ello está previsto en el art. 58 del CP[93], el que refiere que cuando un sujeto condenado por un hecho es juzgado por otro delito y también condenado, el juez deberá unificar las sentencias.

El trámite de unificación lo realiza el tribunal de juicio y no el juez de ejecución.

Hasta tanto no se unifiquen las penas, no se concederá la libertad condicional porque no se sabrá el monto final de la condena y, por lo tanto, si reúne o no el requisito temporal que es fundamental al momento de otorgarla.

La única excepción sería en casos en los que la sanción que se debe proceder a unificar es de muy bajo monto y por ende, no llega a modificar el tiempo que ya cumplió en prisión.

También hay que tener en cuenta que el tiempo que el interno estuvo excarcelado no se cuenta a los efectos del cumplimiento de la pena.

Respecto al requisito de observar con regularidad los reglamentos, podemos decir que si bien no está definido con exactitud por la ley, en líneas generales se entiende "*observancia regular*" el no haber recibido sanciones disciplinarias graves o reiteradas, por lo menos, en el último trimestre, puesto que la nota de conducta influirá para conceder la libertad. Respecto del concepto, existen tribunales que también exigen una nota buena y un grado de reinserción social favorable, aunque esto tampoco está en la ley y por lo tanto, no podrá exigirse.

93. **ARTICULO 58.-** *Las reglas precedentes se aplicarán también en el caso en que después de una condena pronunciada por sentencia firme se deba juzgar a la misma persona que esté cumpliendo pena por otro hecho distinto; o cuando se hubieren dictado dos o más sentencias firmes con violación de dichas reglas. Corresponderá al juez que haya aplicado la pena mayor dictar, a pedido de parte, su única sentencia, sin alterar las declaraciones de hechos contenidas en las otras. Cuando por cualquier causa la justicia federal, en autos en que ella haya intervenido, no pueda aplicar esta regla, lo hará la justicia ordinaria nacional o provincial que conoció de la infracción penal, según sea el caso.*

A la pregunta de si son determinantes los informes carcelarios, podemos responder que al igual que en los otros institutos, los informes carcelarios no son vinculantes porque quien termina decidiendo es el juez.

Sin embargo, reiteramos, es aquí en donde se requiere una defensa proactiva ya que, como dijimos con anterioridad, suelen incorporarse de manera solapada criterios peligrosistas.

Mención aparte merece la negativa de la libertad condicional a los reincidentes, lo cual será tratado más adelante.

Reglas a las que se debe someter el condenado una vez concedida la libertad condicional:

1. Residir en el lugar que se acuerde. A tal fin se realiza un informe socioambiental en el domicilio del condenado;
2. Cumplir con algunas reglas de inspección (por ejemplo: no consumir alcohol ni utilizar drogas);
3. Adoptar algún trabajo, oficio, arte, industria si no se tuviese plata suficiente para no necesitarlo;
4. No cometer nuevos delitos;
5. Quedar al cuidado de un patronato;
6. Someterse, si fuera considerado necesario, a tratamiento médico, psiquiátrico o psicológico.

Regulación Normativa Internacional: DADH art. I, XXV; CADH (Pacto de San José de Costa Rica) art.9; PIDCyP, art. 10.1 15; RMNU regla 60 inc. 2)

Reglas Mínimas de las Naciones Unidas Sobre Las Medidas no Privativas De La Libertad (REGLAS de TOKIO) 1.1, 9.2 inc. c), 23.2

Regulación Normativa Nacional: CN. arts. 18 y 75 inc. 22; arts. 13, 14, 15 y 17 del CP.; arts. 1, 28, 29 101, 104 y 220 de LEP, arts. 491, 493 y 505, 506, 507, 508, 509 y 510 del CPPN. Reglamento de las Modalidades Básicas de la Ejecución (Decreto 396/99)

Cabe destacar la siguiente jurisprudencia nacional en la materia.

Jurisprudencia Nacional

El impedimento del art. 17 CP en cuanto impone una limitación para obtener la libertad condicional Causa 16.160 Brizuela Sala II reg. 216/13 27/3/2013

El impedimento del art. 17 CP en cuanto impone una limitación para obtener la libertad condicional a quien le se le hubiere revocado una otorgada anteriormente, sólo es aplicable

al proceso penal en el cual se concedió la libertad condicional posteriormente revocada. Dicha restricción carece de efectos hacia el futuro respecto de otros procesos penales. En el caso de unificación de condenas o penas no rige dicha prohibición y es factible conceder nuevamente la libertad condicional. La disidencia sostuvo que el condenado deberá ejecutar una pena unificada en donde se ha revocado la libertad condicional, siendo este argumento suficiente para denegar la libertad condicional con sustento en la prohibición del art. 17 CP.

Los pedidos de libertad condicional deben tramitarse por vía incidental y resolverse previa vista a la parte contraria. Causa Nº 16/13 Loyola Sala III reg. 773/13 rta. 20/5/13

Los pedidos de libertad condicional deben tramitarse por vía incidental y resolverse previa vista a la parte contraria. Si bien se corrieron sendos traslados al fiscal de la causa, éste en ningún caso emitió opinión concreta respecto de la procedencia o no de los beneficios impetrados por el condenado y su defensa, limitándose tan sólo a proponer la realización de medidas a efectos de expedirse sobre el fondo de la cuestión. De tal forma la decisión emanada del órgano jurisdiccional no estuvo precedida por un contradictorio en el que las partes pudieran exponer sus posiciones y fundamentos, por lo que deviene nula en los términos del art. 167 CPPN.

Libertad condicional. Denegatoria. Abuso deshonesto agravado por el vínculo en forma reiterada. Imposibilidad de abordaje terapéutico del condenado. CAUSA nº15966 – SALA IV *"LEIBIKER, Daniel Omar s/recurso de casación"* reg. 325

La imposibilidad manifestada por los profesionales intervinientes de realizar una evaluación o de obtener progreso alguno en un tratamiento dirigido a evitar la reiteración de hechos como los que originaron la condena —abuso deshonesto agravado por el vínculo en forma reiterada— no permite entender configuradas las condiciones para la inserción del condenado al medio libre. La disidencia parcial expresó que si bien los informes expedidos por las áreas de Asistencia Médica y de la División Servicio Criminológicos ponderados por el a quo se presentaron, en esta oportunidad, como un obstáculo a la concesión de la libertad condicional, en atención a que el condenado está en condiciones temporales de acceder al instituto en cuestión, a que se evidencia un avance en la progresión del tratamiento, corresponde ordenar al juez de ejecución —con la URGENCIA que requiere—, el reexamen de la cuestión, con la actualización de los informes pertinentes y de las medidas que se dispusieran en el decisorio recurrido.

Competencia. Transformación de la excarcelación en libertad condicional. Causa 16.579 García Sala IV reg. 2441/12 17/12/2012

El tribunal oral que sentenció al imputado es el que se halla en mejor posición para evaluar el cumplimiento de las imposiciones que le fueron oportunamente indicadas y, por ende, decidir sobre el mantenimiento o no de la libertad que viene gozando, debiendo adecuar, en su

caso, la actual situación del encartado al instituto previsto en el art. 13 CP. La disidencia sostuvo que en sede de ejecución debe darse tratamiento y resolución a lo atinente a la libertad condicional, sin que obste a ello la circunstancia de que se encuentre en libertad, en razón de la excarcelación concedida por el tribunal oral.

Libertad condicional. Denegatoria basada en parámetros de reinserción social y personalidad del imputado. Falta de fundamentación Causa nº 15.402 Gorosito Sala II reg. 20.894 rta. 6/12/12

Requisitos legales. Art. 13 CP. La denegatoria de la libertad condicional, en base a una dudosa valoración de parámetros de "*reinserción social*", como en la personalidad del imputado –trastorno de la personalidad con rasgos disóciales, propensión al histroísmo y desajustes en el área psicosexual–, no pueden impedir en el caso el ejercicio de un derecho, máxime cuando cumple con todos los requisitos legales exigidos.

Reincidencia. Art. 14 del C. Penal

El aludido art. 14 del C. Penal establece claramente que aquellos internos que hayan sido declarado reincidentes, no gozarán de la libertad condicional. Sin embargo lo que no resulta claro, es que esa disposición sea adecuada a los principios y normas constitucionales. Veamos.

Nuestra ley establece en el art. 50 que se considera "*reincidente*" al que habiendo cumplido total o parcialmente una pena privativa de libertad comete un nuevo delito con esa clase de pena. La declaración de reincidente representa una consecuencia que agrava la situación del condenado. El fundamento por el que se introduce el instituto legal de reincidencia es el desprecio manifiesto o el desinterés por parte del condenado que, pese a haber cumplido una pena privativa de la libertad anterior, comete nuevo delito, sin que el castigo de la primera condena haya cumplido con su principal fin: la resocialización del sujeto. Sin embargo, una fuerte crítica —además de certera—, es que si el interno no ha logrado reinsertarse con el tratamiento penitenciario brindado con anterioridad, es altamente probable que haya sido por una deficiencia del Estado.. Ciertas críticas se han dirigido a que la permanencia de los antecedentes penales en el Registro Nacional de Reincidencias por 10 años más allá del agotamiento total de la pena, se constituye en una valla infranqueable a la hora de obtener un trabajo y, como se sabe, el trabajo es el principal parámetro para verificar si una persona se encuentra reinserta.

Para que sea reincidente, se necesita una sentencia previa condenatoria firme a pena privativa de la libertad en la que se haya cumplido la pena en forma total o parcial (art. 50 Código Penal).

Para no se declarado reincidente, no se debe cometer un nuevo delito dentro del término igual al momento de la condena impuesta en primer término, siendo que ese plazo no puede ser inferior a cinco años ni puede superar los diez.

Ejemplos:

1) Si la condena anterior tiene una pena inferior a cinco años, para no ser declarado reincidente, el nuevo delito debe haber sido cometido luego de transcurridos cinco años desde el vencimiento de la última pena.
2) Si la pena anterior es superior a cinco años e inferior a diez –por ejemplo 8 años–, no se debe cometer un nuevo delito durante el plazo exacto a la condena impuesta –8 años–.
3) Si la pena anterior es superior a diez años, no será declarado reincidente si el nuevo delito es cometido luego de los diez años.

La prisión preventiva no genera reincidencia, dado que la persona todavía no fue condenada. De la misma manera que una persona que estuvo privada de su libertad por una condena anterior, pero que nunca se la ha sometido a un tratamiento penitenciario —es decir siempre estuvo alojado en el penal bajo la modalidad de procesado—, no debe ser declarado reincidente, desde el momento que al no habérsele brindado el tratamiento penitenciario, no puede decirse que ha despreciado el referido tratamiento.

Otro punto a tener en cuenta es que la reincidencia debe haber sido declarada por el juez y estar en el texto de la sentencia. Ello resulta así, ya que el juez de ejecución ejecuta la pena impuesta por el tribunal de juicio y la reincidencia no fue impuesta por ese tribunal; entonces, el condenado recién se entera de que no gozará de la libertad condicional al momento de solicitarla. Esto afecta el derecho de defensa y el principio de contradicción.

Otro punto clave para cuestionar la reincidencia prevista en el art. 14 del C. Penal, es la clara violación que ella implica al principio de culpabilidad, al ne bis in idem y en definitiva al adherir al derecho penal de autor.

En este sentido, veamos a continuación el tratamiento jurisprudencia de la reincidencia.

Jurisprudencia Nacional

Parece sellada la cuestión de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la declaración de reincidencia, en virtud del fallo del 27 de mayo de 2014 de la Corte Suprema de Justicia de Nación, en el "*Recurso de hecho deducido por la Defensora Oficial de Martín Salomón Arévalo en la causa Arévalo, Martín Salomón s/ causa n° 11.835*" A. 558. XLVI.

El mencionado fallo remite a los fallos "*Gómez Dávalos*" (fallos: 308:1938), caso "*L'Eveque*", (Fallos: 311:14) y "*Gramajo*" (Fallos: 329:3680) especialmente considerandos 12 a 18 del voto del juez Petracchi, donde se establece que: "… Que con relación a la reincidencia (simple, art. 50, Código Penal) el Tribunal, en su momento, entendió que dicho instituto se sustenta en el

desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla sufrido antes, recae en el delito. El autor que ha experimentado el encierro que importa la condena, y a pesar de ello, reincide, demuestra su insensibilidad ante la amenaza de un nuevo reproche de esa naturaleza, cuyo alcance ya conoce (caso "*Gómez Dávalos*", en Fallos: 308: 1938). Ese desprecio por la pena anterior se refleja en una mayor culpabilidad, que autoriza una reacción más intensa frente al nuevo hecho (caso "*L'Eveque*", Fallos: 311:1451).

Inconstitucionalidad de la reincidencia. Art. 14 CP. Libertad condicional. Peligrosidad. Garantía contra la persecución penal múltiple. Ne bis in ídem Causa 16.270 Salguero Sala II reg. 20.852 23/11/2012

Cualquier agravación de la pena o de sus modalidades de su ejecución en función de la declaración de reincidencia del art. 50 CP, como así también la imposibilidad de obtener la libertad condicional prevista en el art. 14 CP, deben ser consideradas inconstitucionales por su colisión con normas del magno texto. El instituto de la reincidencia constituye una autorización —contraria al espíritu de las normas que conforman nuestro plexo constitucional— que permite el juzgamiento de los ciudadanos en función de una categoría que excede la valoración del hecho, pues se basa en el diseño de un estereotipo vinculado con la personalidad del sujeto, es, en definitiva, la imposición de un castigo por lo que se es y no por el hecho que se juzga. La reacción punitiva del Estado no puede encontrar su fundamento en atributos de la persona no vinculados con el hecho que se juzga, pues ello implica una afectación al principio de culpabilidad por el acto, todo lo cual resulta incompatible con un Estado de Derecho. Pero además la reincidencia, como juicio de etiquetamiento por conductas pasadas, constituye el resultado de finalidades no expresadas que, como tales, se sustraen del proceso de cognición propio del modelo de proceso que diseña nuestra Carta Fundamental. También corresponde analizar el instituto de la reincidencia a la luz de la violación al principio que prohíbe la persecución penal múltiple, ya que permite que se repliquen los efectos de la primera acción juzgada en relación a un hecho distinto. La regla que marcan los arts. 14 y 50 CP, constituye una clara restricción para el amplio ejercicio de los derechos que hacen al fin resocializador de la ejecución de la pena, todo lo cual determina una lesión a normas de orden superior. La disidencia sostuvo que el art. 14 CP en cuanto restringe el acceso a la libertad condicional a aquellos condenados declarados reincidentes, por su íntima relación con el art. 50 CP, no puede conceptuarse desproporcionada ni arbitraria, sino que es fruto del ejercicio lícito de una potestad legislativa, quien fija la política criminal del Estado al sancionar las leyes, normas que poseen su fundamentación y al ser sometidas al test de constitucionalidad y convencionalidad no resulta írritas ni inconstitucionales.

Jurisprudencia Internacional

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, sentencia C-126, 20 de junio de 2005: "*Fermín Ramírez v. Guatemala*" considerandos 94 y 95

La interpretación que del principio hizo la Corte IDH expresa: "*En concepto de esta Corte, el problema que plantea la invocación de la peligrosidad no sólo puede ser analizado a la luz de las*

garantías del debido proceso, dentro del art. 8 de la Convención. Esa invocación tiene mayor alcance y gravedad. En efecto, constituye claramente una expresión del ejercicio del ius puniendi estatal sobre la base de las características personales del agente y no del hecho cometido, es decir, sustituye el Derecho Penal de acto o de hecho, propio del sistema penal de una sociedad democrática, por el Derecho Penal de autor, que abre la puerta al autoritarismo precisamente en una materia en la que se hallan en juego los bienes jurídicos de mayor jerarquía"

7.2.1.2. Libertad Asistida

La libertad asistida es un derecho del que gozan los condenados —que han sido declarados reincidentes—, consistente en un egreso anticipado del establecimiento penitenciario, seis meses antes del vencimiento de la condena.

Este instituto es otorgado a aquellos condenados que por algún motivo no obtuvieron la libertad condicional y sólo podrá rechazarse de manera excepcional cuando su egreso signifique un peligro para el condenado o para la sociedad. Sin embargo, tampoco es condición el no haber obtenido la libertad condicional, aunque generalmente a dicho beneficio llegan los condenados que han sido declarados reincidentes o a quienes se les haya revocado la libertad condicional.

Requisitos para acceder a la libertad asistida: la regla general, dice el art. 54 de la ley 24660, es que 6 meses antes del cumplimiento total de la pena, se debe conceder la libertad asistida. Por ende, solo excepcionalmente se la puede denegar fundándose exclusivamente en que el egreso anticipado del interno puede constituir un grave riesgo para si o para la sociedad.

En estos casos, al igual que para la libertad condicional, se requiere la elaboración de informes del organismo técnico criminológico y del consejo correccional.-

Hay que tener en cuenta que las exigencias para obtener la libertad asistida son diferentes a las exigencias para obtener la libertad condicional.

Los informes carcelarios darán cuenta del concepto, la conducta y si el egreso anticipado puede constituir un riesgo para sí o para la sociedad.

El informe criminológico confeccionado por el Consejo Correccional no es vinculante; por lo tanto, el juez evaluará la posibilidad de conceder la libertad asistida siempre que no considere que el egreso sea riesgoso. Sobre esto, cabe aclarar que al resultar difícil establecer —de manera científica— qué hará el condenado una vez en libertad, no puede precisarse en qué consistirá el peligro, razón por lo cual, en algunas ocasiones los jueces deniegan el derecho en base a las calificaciones que fueron impuestas por el Servicio Penitenciario Federal.

Además, hay jueces que pese a lo dificultoso que resulta valorar que "*el egreso constituye un grave riesgo para sí o para la sociedad*", deniegan el beneficio bajo la fórmula "*no ha cambiado las aristas negativas de su personalidad*". Esto último debe ser controlado por la defensa para interponer los recursos que correspondan, que, como ya se ha dicho, corresponde el recurso de casación.

Solicitud: el pedido debe hacerse por escrito, tal como dijimos, con una anticipación de dos meses a tres meses a la fecha del egreso, es decir, ocho o nueve meses antes del vencimiento de la condena definitiva, con el fin de contar con tiempo suficiente para que se realicen los informes carcelarios. Esto es así porque las mismas medidas previas que se explicaron para la libertad condicional se pueden dar en la libertad asistida.

La solicitud de libertad asistida se debe efectuar ante el juez de ejecución directamente por escrito o por intermedio del defensor. El juez de ejecución requerirá el informe al Servicio Penitenciario Federal y a reincidencia para que informe los antecedentes penales del condenado.

Agregados los informes, se pueden dar los mismos supuestos que vimos anteriormente para la libertad condicional.

Al igual que con la libertad condicional, quienes hayan cometido algunos de los siguientes delitos, no podrán acceder a la libertad asistida:

- Homicidio agravado previsto en el art. 80, inciso 7, del Código Penal.
- Delitos contra la integridad sexual de los que resultare la muerte de la víctima, previstos en el art. 124 del Código Penal.
- Privación ilegal de la libertad coactiva, si se causare intencionalmente la muerte de la persona ofendida, previsto en el art. 142 bis, anteúltimo párrafo, del Código Penal.
- Homicidio en ocasión de robo, previsto en el art. 165 del Código Penal.
- Secuestro extorsivo, si se causare intencionalmente la muerte de la persona ofendida, previsto en el art. 170, anteúltimo párrafo, del Código Penal.

La solución ante esta negativa es que el defensor plantee la inconstitucionalidad de la ley por ser contraria al principio de resocialización, proporcionalidad y progresividad de las penas.

¿Se puede denegar la libertad asistida? A diferencia de lo que sucede en la libertad condicional, la denegatoria es excepcional, porque es la última oportunidad con que cuenta el condenado para cumplir un período de la condena en libertad.

¿Puede ser revocada la libertad asistida? El art. 56 de la Ley 24.660 establece que la libertad asistida se revocará cuando se cometa un delito o se viole la obligación de

presentarse al Patronato de Liberados. La norma impone, como consecuencia, que el resto de la condena se agotará en un establecimiento semi-abierto o cerrado.

También se puede revocar, si el condenado incumple la obligación de residir en el domicilio fijado o no reparó el daño en las medidas de sus posibilidades. A su vez, en estos supuestos, el juez también se encuentra facultado para resolver que no compute como cumplimiento de pena todo el tiempo en que incumplió esas condiciones.

Obligaciones a cumplir cuando se otorga la libertad asistida: surgen del art. 55 de la Ley de Ejecución Penal:

a) Presentarse en el plazo fijado por el juez al Patronato de Liberados (este organismo supervisará las condiciones impuestas al condenado)
b) Cumplir las reglas de conducta que fija el juez. Según las circunstancias personales y ambientales pueden ser, entre otras:
   1. Desempeñar trabajo, oficio o profesión o adquirir conocimiento para hacerlo (este requisito es obligatorio salvo expresión en contrario).
   2. Aceptar el tratamiento necesario.
   3. No frecuentar personas, lugares o realizar actividades que perjudiquen su reinserción social.
   4. Vivir en el domicilio que figura en la resolución judicial (se puede modificar el domicilio con autorización previa del juez).
   5. Tratar de reparar los daños causados por el delito.

Estas condiciones son fijadas por el juez. Generalmente, impone todas ellas.

Jurisprudencia Nacional

Causa 72/13 Galiazzi Sala IV reg. 510/13 19/4/2013.
Ejecución penal. Libertad asistida

La resolución denegatoria de las salidas transitorias carece de fundamentos jurídicos mínimos, ya que omitió efectuar un correcto control jurisdiccional de los informes penitenciarios y además se limitó a afirmar que el interno deberá transitar más tiempo en el período de prueba a los fines de evaluar su evolución en la progresividad de la pena, específicamente en el ámbito educativo y laboral, todo lo cual no constituye parámetro válido para rechazar la concesión del beneficio. El voto concurrente agregó que si bien el juez puede mediante la judicialización o control judicial apartarse de la opinión penitenciaria sobre parámetros objetivos y verificables, no puede rechazar la solicitud efectuada basándose únicamente en criterios de "*futurología*" fundados en relatos acerca del modo en que se ha comportado el interno en otros lapsos de encierro.

La disidencia sostuvo que la persistencia del justiciable en la senda delictual mientras se encontraba gozando del beneficio de la libertad asistida, torna prudente ajustar su tratamiento penitenciario mediante la reformulación de los objetivos propuestos por el magistrado de ejecución.

Libertad asistida. Causa 14.936– Irusta CNCP
—Sala IV— reg. 437/12 30/3/2012.

Corresponde rechazar los agravios fundados en la supuesta errónea interpretación de la parte final del art. 54 ley 24.660 con sustento en que el imputado no cumple con el requisito negativo allí exigido: que el egreso anticipado no debe constituir un grave riesgo para el condenado o para la sociedad, pues lo resuelto se encuentra suficientemente motivado al señalar que no se habían constatado conductas autoagresivas y el informe del servicio social da cuenta de sus proyectos futuros en cuanto a la fijación de domicilio y posibilidades laborales, todo lo cual indica que los pronósticos del fiscal resultan meramente conjeturales y no obstan al egreso anticipado, teniendo en cuenta que le resta cumplir un brevísimo tiempo de condena —días— el que no sería suficiente para considerar que su permanencia intramuros pudiera significar una mejora en su inserción social.

Libertad asistida. Causa 11.539 Barreiro, CNCP Sala IV, reg. 14.559 2/3/2011

Teniendo en cuenta que los informes no sólo no obligan al juez sino que además no escapan al control jurisdiccional, corresponde conceder el beneficio de la libertad asistida, ya que los argumentos expuestos por el a quo, fundados en el concepto desfavorable emitido por los órganos administrativos basado exclusivamente en la carencia de una familia que le brinde un acompañamiento real —pese a que cuenta con un esposo que la acompaña y acepta recibirla en sus casa—, no bastan para demostrar la posible existencia del grave riesgo para sí o para la sociedad. El voto concurrente agregó que resulta contradictorio haber calificado a la interna con buen concepto y, paralelamente, afirmar que se infiere un pronóstico de reinserción dudoso.

Libertad asistida. Conducta ejemplar. Contención familiar.
Miszczuk —CNCP— Sala IV 14269

Los elementos valorados por el tribunal haber delinquido nuevamente mientras gozaba del beneficio de la libertad– valorados a la luz del art. 54 de la ley penitenciaria, resultan insuficientes para denegar la libertad asistida al condenado, resultando relevantes considerar que restan cumplir dos meses de prisión, que el Consejo Correccional Penitenciario se expidió por mayoría de manera positiva para su concesión al tener en cuenta que el causante no presente peligrosidad, que la División Servicio Criminológico calificó al nombrado con conducta ejemplar diez y que cuenta con oferta habitacional concreta y contención familiar, por lo que corresponde conceder la libertad asistida al encausado.

Libertad asistida. Adicción a las drogas. Domicilio y contención familiar. Hernández Posada —CNCP— Sala II 17516

La decisión que requiere, sin base normativa, que el condenado tenga ya disponible, sin necesidad de ayuda del Estado, un domicilio y un marco de contención o convivencia, importa un desconocimiento del programa de prelibertad previsto en la ley 24.660, y por añadidura, conduce a un resultado en que la libertad asistida se transforma en un modo excepcional de ejecución de la última parte de la pena, sólo disponible para aquellos que tenían y han conservado condiciones de habitación, vínculos y posibilidades de trabajo, a pesar de la exclusión de la vida social que importa de hecho la ejecución de la pena en prisión, y si bien el servicio criminológico ha sugerido que sería conveniente una tratamiento post penitenciario adecuado a su problemática de adicción a las drogas, no ha emitido un dictamen postulando el rechazo de la solicitud de libertad asistida, por lo que corresponde revocar la resolución que no hizo lugar a la libertad asistida y proceder sin reenvío concediendo el beneficio. La disidencia parcial consideró que correspondía revocar la resolución que denegó la libertad asistida y reenviar las actuaciones a fin de que se dicte una nueva conforme el criterio expuesto.

7.2.1.3. Suspensión de Juicio a prueba

En este supuesto, no hay condena. La suspensión del juicio a prueba es un instituto que nuestra legislación penal contiene y que tiene por finalidad evitar la realización del juicio y la futura imposición de condena. Este instituto se encuentra previsto en el art. 76 bis y sg. del CP y no forma parte de la ejecución penal, sencillamente porque no hay condena alguna a ejecutar.

Sin embargo, en la distribución de competencias realizada por la ley, se ha asignado a los jueces de ejecución penal para entender en el control del cumplimiento de las obligaciones impuestas judicialmente. Una vez acreditada dicho cumplimiento, se debe ordenar el sobreseimiento del imputado.

Ante la solicitud del imputado y si la pena a aplicarse fuese inferior a 3 años, el juez, previo escuchar al fiscal, podrá dejar en suspenso el cumplimiento de la condena a cambio de ciertos la reparación del daño y el acatamiento de ciertas reglas de conducta. La suspensión del juicio a prueba se encuentra reglamentada a partir del art. 76 bis del CP hasta el art. 76 quater, que fueron introducidos por la ley 24.316. Entre los requisitos para su concesión, tenemos que se puede conceder a aquellas personas imputadas por hechos cuyo máximo penal no supere los 3 años, o bien a aquellos que, aunque supere ese tope legal, fuere probable que se le impongan condena de ejecución condicional, es decir, primera condena y el mínimo de la escala penal no superior a 3 años.

Por medio de esta institución se le fija a los procesados el cumplimiento de determinadas condiciones la cuales una vez cumplidas se deja sin efecto el juicio, es decir, se extingue la acción penal.

Además de ello, y aquí si dentro del ámbito de la ejecución penal, debemos tener en cuenta que existen algunas pocas situaciones, escasamente aplicadas, que es factible reemplazar la privación de la libertad por el trabajo a favor de la comunidad. Es para aquellos casos en que al momento que se comienza a cumplir la condena, no le reste un monto penal a cumplir superior a 6 meses de privación de la libertad. Ello es para evitar el deterioro que cada institución carcelaria produce de manera indefectible en todos y cada uno de los internos alojados. Es decir que, por razones de política criminal, el Estado ha optado por un medio alternativo a la privación de libertad por entender que produce menos daños en la persona del condenado realizar una labor a favor de la comunidad que estar detenido (ver art. 35 de la ley 24660).

Suspensión del juicio a prueba. Reglas de conducta. Competencia del juez de ejecución. Causa Nº 16.007, Culatina —CFCP— Sala III Reg. 345/13 rta. 22/3/2013

Concedida la suspensión, el juez de ejecución es el competente para resolver la revocación o subsistencia del beneficio, en todo lo relativo al cumplimiento de las pautas de conducta allí impuestas. Si el imputado —beneficiario— cometiese un nuevo delito, el tribunal que concedió la suspensión, podrá revocarlo —art. 76 ter. 4to. párr. del C.P.—. En el caso, debe hacerse lugar al recurso de casación deducido por la defensa dado que el tribunal oral se expidió sobre una cuestión que resultaba ajena a su competencia, esto es, si el imputado había cumplido satisfactoriamente, o no, las reglas de conductas impuestas al momento de concedérsele la probation. Así, se advierte una causal de nulidad por extralimitación jurisdiccional. Sólo podía revocar la suspensión en virtud de haberse comprobado la comisión de un nuevo delito, o, declarar extinguida por prescripción la acción penal. El voto concurrente señaló que había transcurrido el tiempo acordado para suspender el proceso a prueba respecto del procesado, sin que se acreditara el cumplimiento ni el control de las condiciones impuestas; evidenciando así que por más de cuatro años el expediente estuvo paralizado. La disidencia sostuvo que en el caso se observan circunstancias distintas a las de aquellos casos en los que el fracaso del instituto se atribuye únicamente a la desidia de los órganos del estado, extremo que trae aparejado la clausura de la persecución penal por violación al derecho a ser juzgado en un plazo razonable.

Ejecución penal. Suspensión del juicio a prueba. Extinción de la acción penal. Competencia. Nulidad. Cumplimiento de las reglas de conducta.
Torres –CFCP– Sala II 19812

Más allá del acierto o desacierto de lo decidido por el juez de ejecución en cuanto tuvo por cumplidas las reglas de conducta, habiendo adquirido firmeza esa resolución, la reevaluación de aquéllas efectuada por el a quo, resultó una injerencia del tribunal en atribuciones que no le fueron legalmente asignadas y una vulneración de los principios de juez natural y del debido proceso legal. La disidencia propició anular la resolución del juzgado de ejecución y declarar inoficioso el agravio introducido por la defensora, teniendo en cuenta que durante más de seis años se llevó adelante, sin éxito en el control de las tareas comunitarias sin que se haya podido lograr su cumplimiento y sin abrir juicio de valor sobre ello.

Suspensión del juicio a prueba. Nuevo hecho delictivo. Revocación de la probation. Tribunal competente. Incumplimiento de las tareas. Márquez –CNCP– Sala III 220/11

De verificarse la comisión de un nuevo hecho delictivo durante el período de la suspensión del juicio a prueba, corresponde al tribunal oral resolver acerca de la revocación del beneficio siempre que existiese una sentencia condenatoria firme que declare la responsabilidad penal por dicho acto, entonces, mal puede dejarse sin efecto la suspensión mientras el imputado se encuentra sometido a proceso en razón del principio de inocencia, lo que permite concluir que el tribunal oral no se encontraba facultado para adoptar la decisión dispuesta de revocación sino que, por el contrario, es el juez de ejecución el competente para decidir sobre la revocatoria o subsistencia del beneficio sólo en los supuestos de incumplimiento o inobservancia de las condiciones, imposiciones o instrucciones establecidas por el órgano judicial competente.

7.2.1.4. Otros derechos de egresión

En el capítulo II, sección tercera de la LEP, bajo la denominación de Alternativas para Situaciones Especiales, se incorporan las figuras que permiten reemplazar el encierro carcelario, por medidas menos restrictivas de la libertad (arts. 35 y sg. Ley 24660)

Dichas modalidades de cumplimento de pena se encuentran en base al principio de mínima intervención o de mínima afectación de la ejecución de la pena privativas de la libertad, que busca favorecer la incorporación de los condenados a instituciones abiertas, semiabiertas o de autodisciplina, ofreciendo un sistema de ejecución que contenga medios y oportunidades para permitir su reinserción social dentro de un marco de respeto a la dignidad humana y el libre desarrollo de su personalidad. Si bien es cierto que tales medidas son ampliamente favorable para la persona condenada a penas bajas, desde el momento que impide el ingreso a la cárcel, y su consiguiente desocialización, también es cierto que el universo de aplicación es muy exiguo, y casi nulo, por lo que sería conveniente una mayor utilización de estos institutos para aquellos otros casos previstos en el art. 35 ya aludido, por ejemplo, revocación de la libertad condicional, de la detención domiciliaria, de la condena condicional, etc.

7.2.1.4.1. Prisión discontinua

Se caracteriza porque el interno cumplirá su condena en una institución basada en el principio de autodisciplina, por fracciones no menores de treinta y seis horas, procurando que ese período coincida con los días no laborables de aquél (habitualmente son fines de semana).

Cada dos meses, el juez de ejecución o juez competente podrá autorizar al condenado a no presentarse en la institución en la que cumple la prisión discontinua por un lapso de veinticuatro horas.

Se computará un día de pena privativa de libertad por cada noche de permanencia del condenado en la institución (arts.36 al 38 de la LEP).

7.2.1.4.2. Semidetención

Consiste en la permanencia ininterrumpida del condenado en una institución basada en el principio de autodisciplina, durante la fracción del día no destinada al cumplimiento, en la medida de lo posible, de sus obligaciones familiares, laborales o educativas. Sus modalidades podrán ser la prisión diurna y la prisión nocturna (art. 39 de la LEP).

El lapso en el que el condenado esté autorizado a salir de la institución se limitará al que le insuman las obligaciones indicadas en el art. 39, que deberá acreditar fehacientemente.

7.2.1.4.3. Prisión diurna

La prisión diurna se cumplirá mediante la permanencia diaria del condenado en una institución basada en el principio de autodisciplina, todos los días entre las ocho y las diecisiete horas (art. 41).

7.2.1.4.4. Prisión nocturna

Se cumplirá mediante la permanencia diaria del condenado en una institución basada en el principio de autodisciplina, entre las veintiuna horas de un día y las seis horas del día siguiente. Se computa un día de pena privativa de libertad por cada jornada de permanencia del condenado en la institución conforme lo previsto en los art.s 41 y 42. (arts. 42 al 44 de la LEP).

El juez de ejecución o juez competente podrá autorizar al condenado a no presentarse en la institución durante un lapso no mayor de cuarenta y ocho horas cada dos meses.

7.2.1.4.5. Semilibertad

Permite al condenado trabajar fuera del establecimiento, sin supervisión continua y en igualdad de condiciones a las personas que viven en libertad, bajo la obligación de regresar a la unidad carcelaria finalizada la jornada laboral.

Por otra parte, mantiene los mismos requisitos que las salidas transitorias, por lo que remitimos a lo expresado en el capítulo 6.2.4.

La única diferencia es que se debe tener acreditado el trabajo que se va a desarrollar. Esta situación será verificada por el área de Asistencia Social del SPF y debe contener: 1. Datos del empleador; 2. Tipo de trabajo ofrecido; 3. Lugar y ambiente donde se desarrollarán las tareas; 4. Horario a cumplir; 5. Retribución y forma de pago (según art. 122, LEP).

Dicha incorporación debería implicar un cambio de unidad o de alojamiento a una unidad regida por el principio de autodisciplina, sin embargo, como las unidades se encuentran sobrepobladas, muchos presos continúan en unidades cerradas al momento

de la semilibertad. Esto no impide que el preso solicite, a través de su defensor o la procuración penitenciaria, el cambio de unidad.

Características del trabajo para ser viable para este tipo de régimen: en principio debe ser diurno y en días hábiles. Como excepción, podrá ser nocturno o en días domingo o feriado, pero esto no debe dificultar el retorno diario del condenado a su alojamiento (art. 25 de la Ley 24.660).

Salario: evidentemente, el salario debe ser el estipulado por la ley, es decir que no podrá permitirse al trabajador que lo haga de manera informal. El Estado no puede autorizar a un interno trabajador a realizar el trabajo de manera informal. El salario podrá ser percibido por el propio preso (art. 122 de la LEP). Sin embargo, el importe percibido deberá ser aplicado para la indemnización, los daños y perjuicios causados por el delito que no satisficiera el preso con otros recursos. También, estará destinado a formar un fondo propio, que se le entregará a su salida. En la práctica, el empleador suele depositar el sueldo a la orden del condenado en la cuenta bancaria que posee a disposición de la Administración Penitenciaria.

Otro beneficio, salvo resolución en contrario de la autoridad judicial, la incorporación a la semilibertad incluirá una salida transitoria semanal (art. 26 de la LEP) de hasta doce horas (art. 31 del Decreto n° 396/99). Generalmente, la unidad o los jueces no suelen establecer la salida semanal en la sentencia que concede la semilibertad; por eso, es conveniente que sea solicitada.

Si el día laboral coincide con un feriado nacional no podrá salir de la unidad. La excepción estará dada si pese al feriado, en el domicilio laboral, ese día se trabaja.

Revocación: procede cuando el condenado incumpliera de manera grave o reiterada las normas de conducta impuestas al momento de su concesión.

7.2.1.4.6. Prisión domiciliaria

> *"Los Estados Miembros introducirán medidas no privativas de la libertad en sus respectivos ordenamientos jurídicos para proporcionar otras opciones, y de esa manera reducir la aplicación de las penas de prisión, y racionalizar las políticas de justicia penal, teniendo en cuenta el respeto de los derechos humanos, las exigencias de la justicia social y las necesidades de rehabilitación del delincuente. "*[94].

Tal como fuera sostenido con anterioridad en otros trabajos[95], la prisión domiciliaria es una modalidad de cumplimiento de la pena, la cual ha receptado, tanto los principios del trato humanitario en la ejecución de ésta, como la dignidad de las personas, la

94. Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de Libertad "*Reglas De Tokio*" Adopción: Asamblea General de la ONU. Resolución 45/110, 14 de diciembre de 1990.
95. Perano, Jorge."Prisión domiciliaria: estado de la cuestión a dos años de su modificación" editado en Abeledo Perrot Córdoba Nº 3 Marzo 2011.

protección de la familia, el principio de trascendencia mínima de la pena, el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

Cuando se habla de prisión domiciliaria, la primera advertencia que debemos hacernos es que estamos hablando de una modalidad diferente de ejecución de la pena privativa de la libertad, es decir, estamos hablando de pena de prisión. Ello surge del encuadre mismo dado por la ley nacional 24.660, en el cual se advierte que este instituto se encuentra reglamentado dentro del Capítulo 2 *"modalidades básicas de la ejecución"*, Sección Tercera *"Alternativa para situaciones especiales"*, lo cual implica afirmar que nos encontramos dentro de uno de los modos en que se puede cumplir la condena a privación de la libertad ambulatoria.

Esto marca claramente una diferencia del instituto aquí analizado respecto al de la excarcelación, al de la libertad condicional, y al de la condena condicional, institutos estos que suelen confundirse entre si. Entonces debe quedar manifiestamente establecido que en la prisión domiciliaria, la persona condenada sigue estando privada de su libertad ambulatoria, pero ha diferido el lugar de cumplimiento de la condena desde un establecimiento penitenciario a su domicilio.

En la prisión domiciliaria, la persona prisonizada ya no tendrá la vigilancia y el control permanente del servicio penitenciario, pero ello no implica de manera alguna que el detenido pueda hacer lo que le plazca, o bien entrar y salir de su domicilio como si estuviera en libertad condicional, y/o condenado de manera condicional y/o excarcelado.

En efecto, el juez de ejecución —o el juez competente—, al ordenarle el cumplimiento del resto de la condena (o bien la prisión preventiva) bajo la modalidad domiciliaria, lo intimará y comprometerá al interno a no trasponer los límites de su casa sin una razón debidamente fundada y sin la previa autorización judicial.

Incluso, puede asignarle un control del patronato de liberados o un servicio social calificado, a fin de que de manera sorpresiva se presente en el domicilio con una doble finalidad: a) controlar que el detenido esté en el domicilio; b) interiorizarse de eventuales inconvenientes y/o problemas que pudiera tener el interno para que, el profesional, los ponga en conocimiento de la autoridad judicial pertinente y se actúe en consecuencia.

En síntesis, los argumentos utilizados como fundamento para este instituto giran en la necesidad de adecuar nuestra legislación a los convenios que Argentina ha firmado, a lo ordenado por el propio Art. 18 de la CN en cuanto refiere a la prohibición de aplicar penas inhumanas o degradantes y, por último, a la prevalencia de los derechos a la vida, la salud y integridad física de los condenados por sobre el interés social de cumplir la prisión en establecimientos estructuralmente hacinados; todo lo cual puede resumirse en la plasmación normativa del conocido principio de humanidad de las penas.

Esta normativa también aclara que en los tres primeros incisos o casos contemplados, necesariamente el juez competente deberá fundar su decisión en los informes médicos, psicológicos y sociales. Al limitar expresamente ese requerimiento a los tres primeros incisos, quedan otros tres incisos en los que no es necesario que se ordene la realización de tales informes; estamos refiriéndonos concretamente a los casos del internos de mayor de 70 años, a la mujer embarazada y a la madre de hijos menores de 5 años o de una persona con discapacidad, a su cargo. Para estos casos, solo será requisito comprobar fehacientemente encontrarse en alguna de esas situaciones para que, orden judicial mediante, se resuelva la detención domiciliaria del interno/interna.

Ahora bien, una vez que se ha demostrado que en la realidad existe una caso contenido en la norma, es facultad o es deber del juez conceder la prisión domiciliaria?.

La situación no ha sido simple ni pacífica, ni en la doctrina ni tampoco en la jurisprudencia. Aunque se debe decir que la nueva redacción del art. 32 aporta algo de luz respecto a esta cuestión. Máxime cuando en el debate se ha planteado explícitamente esta cuestión y ha quedado bien aclarado —reitero, en el debate— que todo es atribución judicial, por lo que legalmente se confiere la potestad al juez de conceder o no la prisión domiciliaria.

Estimamos que la redacción del art. es sumamente clara al contener la palabra *"podrá"*, o sea, no dice *"deberá"*, con lo cual, se optó claramente por dejarlo librado a criterio del magistrado. Sin embargo, debe advertirse que el art. 33 de la misma ley admite que la prisión domiciliaria *"deberá"* ser dispuesta por el juez. Con lo cual, la duda aflora nuevamente. Por un lado nos encontramos con un debate parlamentario en el cual se hizo especial incapié en el carácter facultativo de los magistrados a la hora de aplicar el instituto (véase especialmente la intervención del senador Pichetto); y por otro lado una redacción de distintos artículos con la utilización de verbos antagónicos, *podrá* en el art. 32 y *deberá* en el art. 33.

Alguna jurisprudencia ha entendido que *"… la concesión del régimen de prisión domiciliaria constituye una facultad del juez, quien, por tanto, deberá evaluar en cada caso concreto, sobre su otorgamiento o no"* (voto del Dr. Abel Guillermo Sánchez Torres en autos "Meli Vicente s/ detención domiciliaria en autos Alsina Gustavo Adolfo y Otros" (Expte. 99/2008) de fecha 20 de junio de 2008, dictada por la Excma. Cámara Federal de Apelaciones de la ciudad de Córdoba).

En nuestro criterio, entendemos que verificada que haya sido alguna de las situaciones fácticas estipuladas en el art. 32 de la ley 24.660, debe concederse la prisión domiciliaria. A nuestro humilde entender, no se puede dejar librado a criterio del juez la concesión, o no, de la prisión domiciliaria a aquellas personas que están dentro de una de las categorías enunciadas. De ser así, se dejaría cierto margen para la arbitrariedad.

En esos términos, es muy claro el doctrinario cordobés Daniel CESANO cuando afirma que *"… una cosa es la mayor o menor libertad de apreciación en orden a la interpretación de cada caso en particular y algo muy distinto —que no puede confundirse— es el de un supuesto carácter facultativo del instituto que pese a subsumirse la situación en la norma, permitiera al juez negar la alternativa. Esta última hipótesis equivale a un nítido caso de arbitrariedad que, como tal, debe descalificarse"*.[96]

Respecto al carácter de la enunciación contenida en el art. 32 de la ley 24.660, estimamos necesario, en primer lugar, aclarar que, si bien el aludido art. refiere al *"… cumplimiento de la pena …"*, con lo cual claramente se está refiriendo a condenados, no existe inconveniente alguno de conceder la prisión domiciliaria a procesados. Ello, en función de dos argumentos principales.

El primero de carácter interpretativo y tiene que ver con que si se disminuye los efectos del encierro para personas que ya han sido condenadas, no resulta arbitrario pensar que el mismo derecho puede ser concedido a personas que aún se encuentran cubiertas por el estado de inocencia. Ilógico sería razonar en sentido inverso, es decir, se concede determinados derechos a condenados pero no a inocentes.

En segundo término, el argumento de carácter normativo consiste en que el art. 11 de la misma ley 24.660, contiene tal previsión desde el momento en que previene que esta ley *"… es aplicable a los procesados a condición de que sus normas no contradigan el principio de inocencia y resulten más favorables y útiles para resguardar su personalidad."*

Entonces, a nuestro criterio es perfectamente viable la aplicación de este instituto tanto a procesados como a condenados.

Resta por último referir si los casos enumerados en el art. 32 son taxativos o meramente enunciativos, es decir, si pueden existir otros casos en la realidad a los que se pueda aplicar la prisión domiciliaria. La importancia de tal precisión radica en que existen casos que no están contenidos expresamente en el art. 32 pero que, sin embargo, se estima que de concederse la prisión domiciliaria, se contribuye a la finalidad de evitar el castigo por si mismo, llevando humanidad a su aplicación.

Desde una perspectiva, para aquellos que sostienen la taxatividad del enunciado, se dijo que el juez aplicar literalmente la norma y no podría incorporar hipótesis nuevas. De ser así, sostienen, el juez estaría creando leyes y, por consiguiente, invadiendo funciones reservadas expresamente a otros poderes del Estado.

Por otro lado, para los sostenedores de la posición antagónica —o sea aquella que entiende que los casos del articulado son meramente enunciativos—, fincan su funda-

96. Cfr. CESANO Daniel José "Estudios de Derecho Penitenciario" Editorial Ediar, Año 2003, Pág. 137.

mentación en que, al ser la realidad dinámica, el legislador no puede atrapar en la fría letra de la norma todas las hipótesis probables. Por ende, se dice que si la nueva situación fáctica no contenida en el art. se encuentra plenamente consustanciada con la finalidad del instituto en cuestión, no habría inconveniente alguno en aplicarlo.

En el sentido de la enunciatividad, Cesano aporta que *"… mientras exista esa identidad con el principio que da razón de ser a la alternativa, no observamos ningún inconveniente para efectuar una interpretación extensiva. Es más: consideramos que se trata de un auténtico deber del intérprete, a partir de una lectura constitucional de la norma sustantiva."*[97]

Para sostener tal posición, Cesano realiza –a nuestro criterio con mucho cierto– una interpretación sistemática de la ley. Es decir, analiza básicamente la manda constitucional de la prohibición de aplicar tratos inhumanos, crueles o degradantes (art. 5 apartado 2 CADH y 7 disposición 1 PIDCyP), por ende, los jueces deberán tomar todas las medidas que resulten menester para hacer cesar un castigo cruel, inhumano o degradante.

Por su parte, la jurisprudencia también se ha expedido en éste sentido. Así, y solo para hacer referencia a un fallo relativamente de la Cámara Nacional de Casación Penal, se ha dicho que *"Si bien es cierto que en ninguno de estos supuestos se encuentra expresamente comprendida la causante —pues sus hijos tienen 7, 10 y 12 años de edad—, … debo señalar que no se trata en definitiva de amparar su situación personal que no fue contemplada por el legislador, sino de velar por la finalidad tuitiva respecto de los derechos reconocidos a los menores"*. (CNCP Sala I "Delgadillo Poso Teófila s/ recurso de casación" Reg. 14.031 de fecha 04/06/2009).

¿Cuáles con los casos contemplados en la normativa actual (LEP)?

Art. 32 inc. "a": Al interno enfermo cuando la privación de libertad en la cárcel la impida realizar tratamiento médico adecuado.

Art. 32 inc. "b": Al interno que padezca enfermedad incurable en período terminal.

Art. 32 inc. "c": Al interno discapacitado si la privación de libertad es inadecuada por su condición.

Art. 32 inc. "d": Al interno mayor de 70 años.

Art. 32 inc. "e": A la mujer embarazada.

97. CESANO … obra citada, pág. 135.

Arts. 32 inc. "f": A la madre de un menor de 5 años o de un discapacitado a su cargo.

A los fines de expresarnos con mayor claridad, se tratará cada uno de los supuestos de manera separada.

Art. 32 inc. "a": cuando el detenido es una persona enferma y la privación de libertad le impida recuperarse o bien, cuando estando enfermo, la situación de encierro no permite un tratamiento médico adecuado y acorde a la patología que padece, en ambos casos por medio de este artículo se habilita el diferimiento de la privación de libertad en el domicilio.

Estamos, sin duda alguna, ante un caso absolutamente consustanciado y coherente con la finalidad humanitaria que tuvo el legislador a la hora de la sanción de la ley, tema ya tratado al inicio de estas páginas y al cual nos remitimos. Además, tampoco no caben dudas que se debe hacer una interpretación sistemática de toda la ley de ejecución de la pena privativa de la libertad, siendo de aplicación el art. 2º (derechos no afectados por la condena) y el art. 143º (derecho a la salud).

En efecto, claro es que todos los derechos que no se encuentran afectados por la condena a privación de la libertad ambulatoria se encuentran plenamente vigentes, y, por ende, el interno como sujeto de derecho, puede ejercitarlos cada vez que lo considere vulnerados. En este caso, el derecho a la salud, también se encuentra expresamente reconocido por la ley 24.660 *"El interno tiene derecho a la salud."* sentencia el art. 143 de dicha ley. Como consecuencia de ello, estimamos que si la institución penitenciaria no puede garantizar un tratamiento médico adecuado para la patología que padece el interno, y no corresponde la internación en un centro hospitalario, la solución más adecuada es la detención domiciliaria del mismo.

Art. 32 inc. "b": Personas que padezcan una enfermedad incurable en período terminal: el nudo de la cuestión aquí planteada, gira en torno al concepto de "enfermedad incurable en período terminal", sobre todo el carácter de terminalidad de la enfermedad. Desde el aspecto netamente normativo, es el decreto reglamentario quien define ésta expresión legal. Así, en el art. 2 del decreto del Poder Ejecutivo Nacional Nº 1058 se enuncia que la enfermedad será considerada terminal cuando *"… conforme los conocimientos científicos y los medios terapéuticos disponibles, no pueda interrumpirse o involucionar y de acuerdo a la experiencia clínica lleve al deceso del interno en un lapso aproximado de seis meses. A tal fin, se aplicarán los criterios generales vigentes en las distintas especialidades médicas"*. A su vez, en el ámbito de la provincia de Córdoba, se adopta esta misma definición en el art. 2 del Anexo III del decreto 344/08 del Poder Ejecutivo Provincial.

Sin embargo, esta definición ha sido cuestionada en cuanto a su taxatividad y por la utilización de terminología tales como que el interno en un lapso de seis meses, fallezca. Si

se realiza una interpretación estrictamente literal de la norma, quedaría fuera de la misma una serie de situaciones, que por otra parte son muy comunes en la cotidianeidad carcelaria,. Nos referimos por ejemplo a aquellos casos en que la enfermedad evidentemente es incurable, pero que en condiciones de vida saludables, con medicaciones tomadas bajo los estrictos controles de los profesionales médicos, con ámbito de vida también saludable y con un paciente controlado por un único médico de cabecera —situaciones todas estas de difícil cumplimiento en los establecimientos penitenciarios— este interno, decimos, es altamente probable que pueda sostener una vida digna en esas condiciones por mucho más tiempo del fijado en el reglamento.

Estimamos que para situaciones como las descriptas, el instituto de la prisión domiciliaria debe concederse de igual modo, ello, fundamentalmente si tenemos en cuenta que la finalidad de la prisión domiciliaria, como ya se dijo al inicio de estas páginas, es de carácter humanitario y, básicamente porque se trata de garantizar una vida digna del interno, y no una muerte segura.[98]

Sostener la postura contraria, implica ni más ni menos que la desnaturalización de la esencia de la prisión domiciliaria y, en virtud de la preeminencia del valor de las normas superiores respectos a las normas de inferior jerarquía, debe priorizarse lo establecido en la ley nacional por sobre lo establecido en el decreto provincial y nacional (ya se dijo que un decreto, aún cuando fuere de carácter reglamentario de la ley, no puede vaciar de contenido la norma que reglamenta).

Art. 32 inc. "c": se prevé aquí la situación de los internos que padecen alguna discapacidad y para quienes la cárcel —por su condición de discapacitado— es inadecuada por representar trato inhumado, cruel o degradante. Aquí el legislador ha querido cautivar situaciones en los que existan internos en —por ejemplo— sillas de rueda y que por esa situación y básicamente por las condiciones arquitectónicas del penal, desarrollar una vida mínimamente digna se torna dificultoso por diferentes motivos, como lo es por ejemplo el hecho de no tener previstos sanitarios para personas con discapacidades motoras.

Art. 32 inc. "d": personas mayores de setenta años: tal circunstancia debe ser acreditada fehacientemente mediante la correspondiente partida de nacimiento expedida por el registro civil y capacidad de las personas o bien otra documentación oficial de la cual surja de manera clara y precisa la fecha de nacimiento del interno (como ser el documento nacional de identidad, libreta de enrolamiento, libreta cívica, etc.).

A pesar de la claridad con la cual se expresa la norma —el inciso solo refiere al interno mayor de setenta años—, existe alguna interpretación jurisprudencial que exige,

98. En este mismo sentido puede consultarse, en la bibliografía nacional, las obras de Cesano y el libro de Zaffaroni, Eugenio Raúl – Alagia, Alejandro- Slokar, Alejandro, *"Manual de derecho penal, Parte General"*, Ediar, 2005.

además del cumplimiento de la edad, la existencia de alguna dolencia física y/o psicológica en el interno, que justifique de alguna manera que, de continuar la situación de encierro carcelario, se producirá un agravamiento de la pena. En este sentido se ha expedido el Juzgado Nacional de Ejecución Penal Nº 1 de la Capital Federal Legajo Nº 4295/5429 del 09/11/1999 y la Cámara Federal de Apelaciones de la ciudad de Córdoba. Este último órgano judicial ha dicho que *"… un análisis similar debe efectuarse con respecto a la constatación de la edad (70 años) como requisito para la concesión de la prisión domiciliaria. En efecto, la exigencia requerida con respecto a la evolución de informes médicos, psicológicos y sociales por parte del juez interviniente, permite inferir que la mera obtención de la edad señalada, no resulta por sí misma suficiente para habilitar la concesión del beneficio de la prisión domiciliaria, sino que constituye un elemento más, a valorarse junto a otros."* (Cra. Federal de Apelaciones de Córdoba en autos "RODRIGUEZ Hermes S/ Prisión Domiciliaria" 11/11/2008).

Entendemos que esa postura es incorrecta. Tal afirmación la basamos principalmente en el hecho de que esa condición no se encuentra prevista en el inc. "d" de la ley 24660, por ello, al magistrado no le está permitido crear nuevas situaciones en donde la ley misma no la contiene. Es claro que si el legislador hubiera querido que se acreditara esa condición, debería haber agregado en el mismo inciso la acreditación previa de la dolencia física o enfermedad. Sin embargo, la opción adoptada por el legislador ha sido otra, fue precisamente preveer esa hipótesis como otra independiente a los fines de la obtención de la prisión domiciliaria. Además, se debe tener en cuenta que, luego de la modificación de la ley 26.472, se introduce el inc. "a" del art. 32 en el cual se contempla esa hipótesis para su concesión.

Por ello, estimamos que el diferimiento domiciliario de la ejecución de la pena privativa de la libertad, debe concederse —en este caso— con la sola acreditación de la edad aludida.

Art. 32 inc. "e" y "f": contienen estos incisos situaciones de detenidas que se encuentran embarazadas, o bien de madres de hijos menores de 5 años o de una persona discapacitada a su cargo. Las tres hipótesis se refieren a casos que con anterioridad no estaban previstos en la ley habiendo sido incorporados por la ley 26.472.

La situación de la interna embarazada, en principio no representa mayores dificultades, ya que la prisión domiciliaria se deberá conceder una vez que se demuestre con el correspondiente certificado médico tal estado. A pesar de la cantidad de comentarios, rumores y afirmaciones que se vertieron en los medios masivos de comunicación una vez que esta auspiciosa reforma fue sancionada por el Congreso Nacional, respecto a que con esta reforma la mayoría de las mujeres detenidas se iban a embarazar a los fines de obtener la "libertad", la realidad ha demostrado claramente otra cosa. Es decir, no se habilitó una puerta giratoria en las penitenciarías de mujeres por esta causal.

La segunda hipótesis a la concesión del derecho aquí aludido, se trata de personas detenidas que tengan a su cargo a otra persona con discapacidad. En este caso, se requiere un requisito positivo y otro negativo. Respecto al negativo, la persona discapacitada no necesita tener una edad en particular, es decir, solo se requiere que esa persona sea discapacitada no interesando la edad que ella tenga. Respecto al requisito positivo, el discapacitado debe estar a cargo de la interna "antes" de haber sido detenida, o bien, que se haya producido alguna circunstancia familiar que de alguna manera el detenido sea la única persona dentro del entorno familiar que pueda asumir la responsabilidad del cuidado del discapacitado.

La ley aquí habla de la "madre", pero, a nuestro criterio, no existe obstáculo alguno a que esta situación también sea abarcativa del padre detenido. No vemos inconveniente alguno en que pueda concederse la prisión domiciliaria a un padre que tenga –por ejemplo– un hijo discapacitado y ese padre sea viudo. En tal caso, creemos que a pesar de no estar explícitamente contenido en la ley, debe ser de todos modos incorporado por la jurisprudencia en atención a que es la misma situación que la tenida en cuenta por el legislador nacional al sancionar la ley aquí comentada.

Por último, la situación de la mujer detenida madre de menores de cinco años. No cabe duda alguna que si estamos en presencia de una detenida con hijos menores de cinco años es viable la obtención del instituto aquí analizado. Un tanto más compleja es la situación si estamos en presencia de un varón detenido con hijos menores de cinco años (sin una mujer a cargo de los niños); o bien si estamos ante un caso de una mujer o un varón detenidos con hijos mayores de 5 años, pero que se encuentran en sumo estado de vulnerabilidad psicosocial.

En todos los casos, el elemento argumental clave que se incorpora en estas situaciones es precisamente los derechos de los niños/niñas. El legislador nacional ha tenido especialmente en cuenta para estas situaciones el derecho de ese sector etáreo, sobre todo porque la República Argentina se ha comprometido internacionalmente a resguardar los intereses de los niños, niñas y adolescentes. Por lo tanto, se debería valorar el derecho del detenido aludido en los párrafos anteriores (me refiero al principio de la humanidad de las personas, intrascendencia de la pena, etc.), y también el derecho de los niños y niñas que emergen de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, y también los conocidos como el Derecho a la Familia. Es decir, lo que en doctrina suele conocerse con el nombre del "interés superior del niño".

Por interés superior del niño se entiende a *"… asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en ese instrumento* (se refiere a la C. D. N.)*, cuya observancia permitirá al sujeto el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades"* (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión consultiva OC 17/2002, condición jurídica y derechos humanos del niño, 28/8/2002).

Para estos dos últimos casos enunciados, estimamos que se debe realizar una interpretación sistemática de este instituto, ya que, como dijo el organismo internacional nombrado en el párrafo anterior, *"el Estado se halla obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar".*

En este sentido, si bien es cierto que el legislador nacional no previó la situación del padre detenido con hijos menores de cinco años de edad a su cargo, también lo es —como ya se dijo— que el legislador no ha podido prever todos los casos que la vida cotidiana puede presentar. Sin embargo, la nueva situación debe interpretarse a la luz de la finalidad del instituto analizado, y así, se podrá observar que, al padecimiento de la privación de libertad, se le suma éste otro padecimiento del abandono de los hijos. A ello, sin lugar a dudas, se debe sumar la clara vulneración del principio de intrascendencia de la pena, desde el momento en que los efectos de la prisión del padre tienen relación e influyen directamente en los hijos, cuestión ésta claramente vedada por la normativa tanto nacional como internacional.

Lo que se quiere resguardar en estas situaciones específicamente son los derechos de los niños/niñas, y, en ese sentido, sería un contrasentido si solo se puede resguardar ese derecho otorgándole prisión domiciliaria a la madre y no al padre. Los derechos de los niños pueden ser resguardados tanto por la madre como por el padre, y es por ese motivo que insistimos que en caso de que el padre se encuentre detenido y tuviere hijos menores de cinco años a su cargo, se deberá conceder la prisión domiciliaria. El Estado no puede hacer trascender los efectos de la pena a niños/niñas.

La más reciente jurisprudencia en la materia se desarrolla en esta misma dirección. En efecto, el Tribunal Oral Federal de la ciudad de Formosa, citando un fallo de la Cámara Federal de Apelaciones de Corrientes, sostuvo que *"no debemos interpretar literalmente el texto de la ley en cuanto a la diferenciación entre padre y madre de menores con discapacidad, ya que esa interpretación es alejada de la realidad, toda vez que la ley de patria potestad no establece una diferenciación entre progenitores respecto de los derechos y obligaciones para con sus hijos. Máxime si como el caso que nos ocupa la madre se encuentra impedida de atender a su familia. La interpretación fría de la letra de la ley no se condice con las más elementales garantías constitucionales contempladas en los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional, cual es la Convención sobre los Derechos del Niño. La Declaración de los Derechos del Niño establece que éste deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres siempre que sea posible (principio 6º) y que deberá primar el interés superior del niño, en toda decisión que una institución o tribunal de justicia adopte (principio 3º), (Cra. Fed. Apel. De Corrientes, causa: "Recurso de Apelación en autos García Héctor s/ Prisión Domiciliaria" Expte. 1-20.326/09)"*, (Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Formosa, fallo de fecha 17 de mayo de 2010 en autos "PESETTI Orlando s/ Ejecución Penal causa 2996, se debe dejar constancia que en esta ocasión, el órgano jurisdiccional ha concedido la prisión domiciliaria al padre de la menor).

Continuando con esta línea argumental, es claro también que se puede invocar el principio de la última ratio en la aflicción de la coerción penal, principio éste que se desprende del art. 2 del Código Procesal Penal de la Nación, como así también el de humanidad de las penas; y que a su vez tienen rango constitucional al estar contemplado en distintos tratados y pactos internacionales que ya fueron invocados al iniciar estas páginas.

Solo nos resta hacer una rápida mención a aquellas situaciones en que existen menores de edad —pero mayores de cinco años— en situaciones especiales de vulnerabilidad.

En estos casos, y en esta misma línea argumental, estimamos que, en esencia, no difiere de lo dicho con anterioridad. Es decir, si la detención del padre o de la madre implica un claro aumento de los niveles de vulnerabilidad en que se encuentra el o los niños, situación ésta que se vería disminuida notablemente en caso de que el padre o la madre se encuentre en su domicilio, sostenemos claramente que en estos casos no habría inconveniente alguno en conceder el derecho de la prisión domicilia.

Este es el sentido en que le ha dado la Cámara Nacional de Casación Penal en un fallo señero. Allí se argumentó que en problemáticas en que se encuentra menores de edad implicados *"… se deberán analizar las obligaciones del Estado a saber: el interés superior del niño y la efectividad de los derechos de la Convención; que el derecho interno debe regular las materias de la infancia concibiendo a los niños como sujetos de derechos y no como simples destinatarios de acciones asistenciales o de control social ejecutadas por el Estado; … que actúa como norma rectora el principio de prioridad del interés superior del niño que es una garantía constitucionalmente tutelada que establece un ámbito de protección de los derechos del menor, así en el artículo 3º de la convención obliga a los tribunales y a los demás poderes del Estado, a que en todas las medidas concernientes a los niños se atienda como consideración primordial el interés superior de los mismos. … Por otra parte la CADH confiere un lugar especial, en su jerarquía interna, a los derechos del niño los que no pueden ser suspendido siquiera en caso de guerra, peligro público o de otras emergencias que amenacen al Estado (art. 27 y 29)"*.

Más adelante, los mismos jueces afirman que *"… la causante es madre de tres hijos menores de edad de 7, 10 y 12 años, circunstancia que no puede dejar de ser tenida en cuenta al momento de resolver el pedido de detención domiciliaria, en función del "interés superior del niño". Esto obliga a prestar especial atención a las consecuencias que de mantenerse la medida ordenada puedan generase en los menores. Sabido es que el encarcelamiento resiente el normal desenvolvimiento de la relación familiar, con afectación al derecho de los menores. La protección del núcleo elemental para su desarrollo fuerza, entonces, a encontrar una solución que priorice sus intereses al tiempo que procure, en la medida de lo posible, no frustrar el éxito de la investigación".*

Por último, los jueces manifiestan que *"En caso de verificarse una situación psicológica social y familiar disvaliosa par los menores, debe estarse, excepcionalmente, a una medida*

alternativa a la prisión preventiva que no interfiera en el vínculo filiar-materno y profundice las negativas incidencias de orden psicológico que el desprendimiento de su madre ocasiona a los menores, en tanto y en cuanto la beneficiada no incurra en violación a las condiciones que se impongan" (Cámara Nacional de Casación Penal —Sala I— resolución de fecha 04 de junio de 2009, en autos "DELGADILLO POZO TEOFILA S/ RECURSO DE CASACION").

Entonces, motivado en el denominado interés superior del niño, en el rango constitucional que ostenta la Convención de los Derechos del Niño, en el hecho de concebirse al niño como sujeto de derechos y, fundamentalmente, en la situación de que en la prisión domiciliaria seguimos hablando de privación de libertad, es por estos motivos que entendemos que debe concederse la prisión domiciliaria a las mujeres o varones que se encuentren detenidos y que tuvieren a su cargo hijos menores de edad pero mayores de cinco años, que se encuentren en estado de vulnerabilidad psico social.

Cabe mencionar la siguiente jurisprudencia sobre prisión domiciliaria.

Jurisprudencia Nacional

Prisión domiciliaria. Hijos menores. Convención sobre los derechos del Niño. Interés superior del niño.
Causa 35.161 —Carreño— Sala I, CNCP, 4/6/2014

Corresponde conceder la prisión domiciliaria a la madre de dos hijos menores quienes, pese a estar al cuidado de su abuela materna, ésta no puede compensar la falta de la progenitora, pues debe ocuparse de un hijo a quien acompaña tres veces por semana a hacerse diálisis lo que le ocupa cuatro horas. El voto concurrente recordó que, cuando se encuentran en debate los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes, constituye una obligación de todos los órganos del Estado adecuarse a su cumplimiento y en esa función asiste razón al recurrente respecto a que la denegatoria de la prisión domiciliaria desatiende los preceptos de aplicación al caso, vinculados con el "*interés superior del niño*".

Prisión domiciliaria. Estado de salud. Requisito etario.
Causa FBB 93000982/2009/TO1/1/CFC1 –Tejada– Sala II – CNCP, reg. 1429/14 – 18/7/2014

Carece de sustento válido y suficiente el rechazo del pedido de arresto domiciliario si el a quo, al afirmar que no se ha constatado que el encartado sufra un grave deterioro para el caso de seguir encarcelado ha realizado un examen parcial respecto del estado de salud del imputado atento a su 84 años de edad, sin tener en cuenta las diversas patologías que lo aquejan. En tanto las circunstancias del caso evidencian que el reenvío al tribunal de juicio para que se dicte un nuevo pronunciamiento generaría un riesgo mayor ante el estado de salud y grado de morbilidad del imputado, corresponde ejercerla competencia positiva de la sala y conceder la prisión domiciliaria. La disidencia parcial postuló el reenvío al tribunal de juicio para resolver la cuestión.

Prisión domiciliaria. Hijos menores pero mayores de 5 años. Interés superior del niño. Intervención del Defensor Público de Menores.
Causa FMZ 12059802/2012/TO1/2/CFC2 –Martínez Flores– Sala IV – CNCP, reg. 1496/14 – 15/7/2014.

Corresponde anular la denegatoria de prisión domiciliaria ante la ausencia de intervención de la Defensoría Pública de Menores en la instancia anterior en el adecuado resguardo del derecho a ser oído del niño, en tanto la cuestionada intervención estatal lo ha separado de su madre y el pedido es efectuado principalmente en su nombre y con invocación del interés superior del niño.

Ejecución penal. Prisión domiciliaria. Hijos menores. Interés superior del niño. Sentencia. Motivación. Sentencia arbitraria. Causa CCC15214/2013/TO2/1/CFC1 –Aguirre– Sala II – CNCP, reg. 1264/14 – 2/7/2014.

Es arbitraria —y corresponde el dictado de un nuevo pronunciamiento— la denegatoria del arresto domiciliario que soslayó considerar el interés superior del niño y su implicancia fundamental respecto de cualquier decisión a adoptar en que se vea implicado un menor de edad, que funciona como línea rectora de cualquier argumentación al respecto, ya que aun cuando se tuvo en cuenta el informe social del que resulta que las niñas se encuentran al cuidado de sus abuelos, omitieron valorar los dichos del abuelo en cuanto a que si bien todos colaboran con las niñas, éstas necesitan a su madre, y tampoco se abordó el informe elaborado por el "*Programa de Atención a las Problemáticas Sociales y Relaciones con la Comunidad*" de la DGN que expresó las consecuencias a nivel emocional provocadas por la ausencia materna. La edad de la niña no obsta a la concesión de la prisión domiciliaria en los casos en que su interés de jerarquía constitucional se encuentre comprometido. El voto concurrente consideró que corresponde conceder el arresto domiciliario en la instancia de casación, al encontrarse reunidas las constancias necesarias. La disidencia sostuvo que lo resuelto se encuentra debidamente fundado y que el derecho de los niños no encuentra más afectación que la que creó su propia madre al dedicarse a la actividad que la sentenció. (Dres. Slokar, Ledesma —voto concurrente— y Catucci —en disidencia—)

Ejecución penal. Prisión domiciliaria. Estado de salud. Delitos de Lesa Humanidad.
Causa 1724/13 –Marjanov– Sala II – reg. 370/14 – 19/3/2014

Si el informe médico practicado por un facultativo de un hospital público da cuenta de las múltiples patologías que padece el encartado y la necesidad de control médico, corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto contra la denegatoria de la prisión domiciliaria, ya que —teniendo en cuenta la naturaleza dinámica de la cuestión— resulta necesario el dictado de un nuevo pronunciamiento que contemple el nuevo estado de cosas, y el a quo deberá convocar al Cuerpo Médico Forense para que se constituya en el establecimiento carcelario donde se encuentra alojado el peticionante, a fin de que practique un informe integral sobre su estado de salud y determine si esa unidad penitenciaria

cuenta con los medios necesarios para su debido control y tratamiento. La disidencia parcial consideró que lo atinente a si corresponde o no otorgar el arresto domiciliario debe resolverse en la instancia de casación.

Patria potestad. Alcances inhabilitación prevista por art. 12 CP.
Prisión domiciliaria.
Causa 15.530 Frecini Sala IV CNCP, reg. 1652/13 12/9/2013

La incapacidad civil prevista por el art. 12 CP tiene consideraciones eminentemente tuitivas, puntualmente, evitar que la persona que ha sido condenada a pena efectiva de encierro tome decisiones que puedan afectar los intereses de sus hijos menores de edad como consecuencia directa de la separación física que esa sanción, habitualmente, origina entre progenitores y niños, pero si la acusada no fue privada del contacto directo con sus descendientes —cumple arresto domiciliario—, prohibirle que tome medidas en orden a la protección y formación de éstos, se presenta incompatible con el argumento que acudió en sustento a la concesión de la modalidad de cumplimiento de la pena aludida, esto es, que la convivencia entre madre e hijos menores de edad, en principio no acarrearía a éstos consecuencia negativa alguna. El voto concurrente agregó que suscitan cuando un integrante del seno familiar se encuentra privado de su libertad el análisis del interés superior del niño debe ser integrado de forma adecuada con elementos que permitan a los magistrados valorar el interés de los menores como cuestión nuclear y emergente.

Ejecución penal. Prisión domiciliaria. Revocación. Causa 197/13 Mariani Sala IV CNCP, reg. 640/13 3/5/2013

No corresponde revocar el arresto domiciliario si el a quo fundamentó debidamente tal decisión, en virtud del aviso de retorno al domicilio del imputado con posterioridad a las salidas autorizadas por la judicatura. La autorización a una persona que se encuentra cumpliendo una detención domiciliaria, para realizar actividad física en el exterior de su domicilio, no se encuentra prevista por la normativa legal que regula la materia, ello desnaturalizaría el instituto del arresto domiciliario, máxime si se advierten alternativas para cumplir con las prescripciones médicas en el interior del domicilio.

Ejecución penal. Prisión domiciliaria. Requisito etario.
Causa 16.016 Méndez Sala II CNCP, reg. 643/13 22/5/2013

La circunstancia de que el encartado sea mayor de setenta años, no opera de modo automático para la concesión del arresto domiciliario. Corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto contra la resolución que revocó el arresto domiciliario si la reevaluación del estado de salud practicada por el Cuerpo Médico Forense indica que no se han informado razones de salud que habiliten una modificación en la modalidad de prisión preventiva dispuesta respecto del imputado y, contrariamente a lo expresado por el defensor, la decisión impugnada no se sustenta en generalidades sino que ha atendido a las particularidades que informan la situación de su pupilo. La disidencia sostuvo que —conforme al criterio vertido

anteriormente— si el fiscal no acreditó cuáles son los riesgos de elusión al permitir que el encausado cumpla con la medida en su lugar de residencia, mantener un encierro cautelar en el ámbito carcelario, existiendo la posibilidad de morigerarlo con el arresto domiciliario (al encontrarse acreditado uno de los requisitos previstos por el art. 33 ley 24.660), implica reafirmar que la medida cautelar no posee los fines asegurativos para los que fue instaurada.

Mujer Embarazada que se encuentra en la última etapa de su embarazo. Art. 32 de la ley 24.660. Interés Superior del Niño. Principio de intrascendencia de la pena. Causa 684/13 – "Álvarez Contreras, Flor de María s/ recurso de casación" – CNCP –SALA II – 20/09/2013

Corresponde conceder la prisión domiciliaria solicitada en virtud de lo establecido en el art. 32 ley 24.660 a la imputada que se encuentra en la última etapa de su embarazo. Por exigencias de orden internacional y constitucional, reunidas las previsiones de ley, ningún parto puede tener lugar en prisión por atentar contra la dignidad de la madre y de su hijo, quienes resultan acreedores de protecciones especiales por su posición de desventaja y vulnerabilidad y guardan necesidades específicas que no pueden reunirse en el encierro carcelario. Ninguna acción paternalista puede sustituir un reclamo de libertad; por ello carece de todo fundamento la presunción de que el real o eventual cuidado que pueda recibir una embarazada para dar a luz en cautiverio supere un alumbramiento en el medio libre, bajo las condiciones que la peticionaria decida, ya que sólo su autodeterminación puede definir el modo de llegada de su hijo. La ineficacia del estado en relación a las conjeturales limitaciones al acceso al domicilio denunciado no puede ponerse en cabeza de la condenada y ser merituada en su perjuicio, máxime si —como en el caso— el informe social del SPF estimó conveniente propiciar lo solicitado. El arresto domiciliario es una modalidad de cumplimiento de pena y no un sinónimo de impunidad.

Prisión domiciliaria. Hijos menores. Proceso acusatorio. Garantía de imparcialidad. Derecho de defensa. Interés superior del niño. Principio pro homine. Fin resocializador de la pena. Causa 16.452 Marasco. CNCP Sala II reg. 1321/13 17/9/2013

Si el fiscal de ejecución se expidió en sentido favorable a la concesión del arresto domiciliario, sin haber impuesto ninguna limitación temporal o condicionamiento, el juez se extralimitó en sus funciones al disponer el regreso de la encartada a la unidad cuando su hijo cumpliera los cinco años de edad, lo cual lesiona la garantía de imparcialidad del juzgador y afecta el derecho de defensa al impedir que la asistencia técnica pudiera alegar adecuadamente sobre ese extremo. La decisión de disponer automáticamente el regreso de la encartada a la unidad una vez cumplidos los cinco años de su hijo menor, se basa en una interpretación restrictiva de la ley, en desmedro del interés superior del niño. Las madres que se encuentren en conflicto con la ley penal, y sus hijos menores de edad, tienen derecho a que se conceda el arresto domiciliario, con el fin de preservar su vínculo materno-filial y su vida cotidiana, de modo tal que, cuando se den los supuestos previstos en la ley, la

concesión de la medida debe constituir la regla. Teniendo en miras el interés superior del niño y el principio pro homine, el límite legal de cinco años previsto por la ley debe ser entendido de modo orientativo y nunca aplicarse ex ante en forma automática, pues un menor de edad aún puede requerir de los cuidados y protección de su progenitora pasado ese límite etario. El mantenimiento del vínculo materno-filial constituye un bien jurídico de primer orden, frente al cual la potestad punitiva del estado pasa a segundo término. Se contrapone con los principios que rigen el fin resocializador de la pena exigir a la imputada el reintegro al Servicio Penitenciario por el término de tres meses —oportunidad en que podría acceder a la libertad condicional.

Prisión domiciliaria. Madre de hijos menores.
Causa 15.659 Sobrecasas CNCP –Sala IV– reg. 1695/12 19/12/2012

Si bien a partir de su detención, siete de los diez hijos de la imputada —de los cuales tres son menores de cinco años—, se encuentran a cargo de la hermana de la encausada y los tres mayores con su padre, la aparición de problemáticas económicas, sociales y personales como los cambios de conducta, alteración en el sueño, tristeza, angustia y ansiedad como consecuencia de la separación de los niños de su madre, determinan la aplicación del instituto del arresto domiciliario, y teniendo en cuenta que se trata de una situación extraordinaria y que la condenada deberá continuar cumpliendo la privación de la libertad que le fuera oportunamente impuesta, el juez interviniente en la causa, deberá arbitrar los medios necesarios para controlar el normal cumplimiento de la prisión preventiva en el domicilio en el que finalmente habite con los menores, como así también las condiciones económicas, sociales y sanitarias en que convivirán madre e hijos.

7.2.1.4.7. Estímulo educativo

Es pertinente tratar en este punto el instituto de estímulo educativo, que fue adoptado por la ley 26.965 (sancionada en julio de 2011), en tanto que permite la posibilidad de adelantar hasta veinte meses los plazos requeridos para el avance de la progresividad del sistema penitenciario a través de las distintas fases y períodos.

Normas en juego

Si bien el sistema de estímulo educativo se encuentra regulado en el artículo 140 de la ley 24.660. es necesario señalar las normas que se encuentran en juego al abordar la cuestión de la reducción del cumplimiento efectivo de la condena en virtud de los estudios realizados por las personas privadas de la libertad durante el cumplimiento de sus condenas. En este sentido, el art. 140 de la LEP establece los requisitos a fin de poder acceder al sistema de estímulo educativo, en el cual se postula: "Los plazos requeridos para el avance a través de las distintas fases y períodos de la progresividad del sistema penitenciario se reducirán de acuerdo con las pautas que se fijan en este artículo, respecto de los internos que completen y aprueben satisfactoriamente total o parcialmente sus estudios primarios, secundarios, terciarios, universitarios, de

posgrado o trayectos de formación profesional o equivalentes, en consonancia con lo establecido por la ley 26.206 en su Capítulo XII: a) un (1) mes por ciclo lectivo anual; b) dos (2) meses por curso de formación profesional anual o equivalente; c) dos (2) meses por estudios primarios; d) tres (3) meses por estudios secundarios; e) tres (3) meses por estudios de nivel terciario; f) cuatro (4) meses por estudios universitarios; g) dos (2) meses por cursos de posgrados. Estos plazos serán acumulativos hasta un máximo de veinte (20) meses."

Evolución jurisprudencial del sistema de estímulo educativo

Actualmente, uno de los problemas con el que se topaban los operadores del sistema penal fue resuelto por la Corte Suprema en el reciente fallo "C. M., P."[99] mediante un dictamen emitido por la Procuradora General de la Nación. En el caso se sostuvo que el artículo 140 de la LEP autoriza a que los plazos establecidos en el art. 54 para acceder a la libertad asistida pueden reducirse en función de la realización y aprobación, por parte de la persona privada de libertad, de estudios primarios, secundarios, terciarios, universitarios, de posgrado o trayectos de formación profesional o equivalentes. Dicha decisión fue recurrida por el fiscal. La Procuradora General, por el contrario, consideró que la Cámara Federal de Casación Penal realizó una exégesis adecuada de las normas jurídicas aplicables y, en consecuencia, desistió del recurso interpuesto por el fiscal. En su dictamen sostuvo que "aun cuando la libertad asistida (art. 54 de la ley 24.660) no se encuentra específicamente incluida dentro de los cuatro períodos en los que está estructurado en forma progresiva el régimen penitenciario (art. 12 de la ley 24.660), su caracterización como tal mediante una exégesis amplia resulta consistente con la decisión del legislador de establecer la libertad asistida como una modalidad de ejecución de la pena propia del tramo final de ese régimen progresivo, en el que se procura que la regla sea la libertad sujeta a ciertas pautas de conducta." La Procuradora General sienta en el caso en estudio una interpretación amplia del art. 140, sosteniendo que: "según la cual la libertad asistida está comprendida en las fases y períodos de la progresividad del sistema penitenciario" (art. 12 de la LEP), asegura que el estímulo educativo funcione como incentivo para todas las personas privadas de su libertad, cualquiera fuere la etapa del régimen penitenciario en la cual se encontraren, ya que la interpretación contraria negaría a aquellas personas más próximas a ser reintegradas a la sociedad el incentivo para participar en actividades educativas y de formación profesional, actividades que el legislador valoró como medio adecuado para alcanzar la finalidad resocializadora de la pena."

Del mismo año, en el fallo "Brossio, Gastón Darío"[100], la Sala 1º de la Cámara Federal de Casación Penal estableció que "la reducción de plazos establecida en el artículo 140 de la ley 24.660 puede aplicarse a las salidas transitorias, que constituyen un importante instituto del período de prueba, el cual a su vez forma parte del régimen de progresividad,

99. CSJN C. M., P, S.C. C.126. L. XLIX, 3 de octubre del 2013.
100. CNCP, Sala 1ª, "Brossio, Gastón Darío", Reg. 20.746, 22 de marzo del 2013.

en el cual la persona condenada cumple efectivamente una pena privativa de libertad (del voto concurrente de la jueza Figueroa)." (…) "Si se admitiera que la persona detenida puede ingresar anticipadamente al período de prueba en función de la reducción de plazos establecida en el artículo 140 de la ley 24.660, sin que ello le permita acceder a los institutos que prevé el artículo 15 de dicha ley (salidas transitorias y semilibertad), se estaría vaciando el contenido del período correspondiente (del voto concurrente de la jueza Figueroa). " (…) "La interpretación restrictiva del artículo 140 de la ley 24.660, que distingue entre períodos de la progresividad del sistema penitenciario y los "institutos" en ellos previstos, no solo no se compadece con los principios pro homine y pro libertatis —según los cuales se debe acudir siempre a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva cuando se trate de reconocer derechos fundamentales del individuo—, sino que además vacía de contenido el artículo 140 de la ley 24.660, ya que solo permitiría avanzar anticipadamente del período de tratamiento al período de prueba, lo cual privaría de incentivos para estudiar o calificarse en un oficio o profesión a quienes ya han alcanzado el período de prueba y, en particular, a quienes ya gozan de salidas transitorias o del régimen de semilibertad (del voto del juez Cabral, al que adhirió el juez Madueño)."

Asimismo del año 2013 es el caso "Chávez, Claudio Alejandro"[101], en donde se solicitó la aplicación del artículo 140 inc. b) de la ley 24.660 respecto de una persona detenida que realizó, de forma continua, diversos cursos de formación profesional cuya duración, individualmente considerados, no equivalía a la de un curso anual. El juzgado en dicha oportunidad sostuvo que "corresponde la reducción de plazos establecida en el artículo 140 inciso b) de la ley 24.660 respecto de una persona detenida que realizó varios cursos de formación profesional con una continuidad tal que permite que dichos cursos sean considerados como equivalentes a un solo curso anual."

Por otro lado, en el año 2012, en el caso Guzzetti, Claudio Aníbal[102] en donde se solicitó la adecuación anticipada de los plazos exigidos para la obtención de las salidas transitorias, semilibertad, libertad condicional y libertad asistida en función de la reducción de plazos establecida en el artículo 140 de la ley 24.660, sin perjuicio de dejar para una oportunidad posterior la evaluación acerca de si la persona condenada cumplía las restantes condiciones de acceso a aquellos institutos de la ejecución de la pena. La sala IV de la Cámara Federal sostuvo que: "De acuerdo a lo dispuesto en el art. 15 de la ley 24.660, tanto las salidas transitorias como la semilibertad dan contenido al período de prueba, al que se refieren los arts. 12 y 140 de dicha ley, y constituyen escalas en el régimen de progresividad de la condena, por lo que la reducción de plazos establecida en el artículo 140 de la ley 24.660 también alcanza a las exigencias temporales para acceder a las salidas transitorias y a la semilibertad (del voto del juez Hornos al que adhirió el juez GEMIGNANI)." Como así también que "la reducción de plazos estableci-

101. JNEP Nº 1, "Chávez, Claudio Alejandro", 24 de enero de 2013.
102. CFCP, Sala IV, "Guzzetti, Claudio Aníbal", Reg. 1348/12, 14 de agosto de 2012.

da en el artículo 140 de la ley 24.660 es aplicable a la libertad condicional, ya que se trata de uno de los períodos progresivos del régimen del cumplimiento de la pena privativa de libertad a los que se alude en el artículo 12 de dicha ley (del voto del juez Hornos al que adhirió el juez Gemignani)." Por último, se señala en el caso en análisis que "la reducción de plazos establecida en el artículo 140 de la ley 24.660 es aplicable a la libertad asistida, ya que aunque la libertad asistida no está contemplada expresamente en el artículo 12 de dicha ley como un período propiamente dicho del régimen de progresividad de la condena, resulta una etapa sustancial de dicho régimen, por tratarse de la última fase del avance paulatino hacia la libertad de la persona condenada (del voto del juez Hornos al que adhirió el juez Gemignani)."

En otro caso del mismo año, "Carabajal, Claudio Ezequiel"[103] la sala II de Cámara sostuvo que: "la reducción de plazos establecida en el artículo 140 de la ley 24.660 alcanza a todos los institutos que forman parte del sistema progresivo de la ejecución de la pena, debido a que la interpretación del sistema progresivo debe hacerse desde un punto de vista integral, que no se limite únicamente a las fases y períodos enunciados en el artículo 12 de la ley 24.660, sino que incluya a todos los institutos que impliquen una morigeración del encierro, como las salidas transitorias, semilibertad, libertad condicional y libertad asistida (del voto de la jueza LEDESMA, al que adhirió el juez SLOKAR)." Así también, señala que "corresponde distinguir entre períodos progresivos del régimen de cumplimiento de la pena privativa de libertad y los institutos y actividades que integran aquellos períodos propiamente dichos, de forma tal que la reducción de plazos establecida en el artículo 140 de la ley 24.660 no es aplicable a los institutos de libertad condicional y de libertad asistida, dado que dicha norma alude al "período de libertad condicional", que no debe confundirse con los institutos de libertad condicional o de libertad asistida a los que puede accederse en aquel período, institutos que tampoco forman parte del régimen progresivo de ejecución de las penas privativas de libertad, ya que la libertad condicional y la libertad asistida no implican el encierro efectivo de la persona condenada (del voto en disidencia parcial de la jueza Figueroa)."

En el fallo "Cáceres, Miguel Ángel"[104], del mismo año, la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal que decidió en el caso Carabajal, Claudio Ezequiel sostuvo que:"la reducción de plazos establecida en el artículo 140 de la ley 24.660 alcanza a todos los institutos que forman parte del sistema progresivo de la ejecución de la pena, debido a que la interpretación del sistema progresivo debe hacerse desde un punto de vista integral, que no se limite únicamente a las fases y períodos enunciados en el artículo 12 de la ley 24.660, sino que incluya a todos los institutos que impliquen una morigeración del encierro, como las salidas transitorias, semilibertad, libertad condicional y libertad asistida (del voto de la jueza Ledesma, al que adhirió el juez Slokar)." (…) "la reducción de plazos establecida en el artículo 140 de la ley 24.660 no es aplicable a los

103. CFCP, Sala II, "Carabajal, Claudio Ezequiel", Reg. 20.480, 24 de enero 2013.
104. CFCP, Sala II, "Cáceres, Miguel Ángel", Reg. 20.481, 26 de septiembre de 2012.

institutos de libertad condicional y de libertad asistida, sino únicamente a la incorporación de una persona condenada al período de prueba (del voto en disidencia de la jueza Figueroa)."

En fin, el artículo 140 de la LEP debe ser interpretado de manera armónica con el resto del ordenamiento jurídico, contemplando una interpretación amplia, respetuosa del principio hermenéutico pro homine, que permita un sistema progresivo de la ejecución de la pena, favoreciendo la reinserción de las personas privadas de libertad que han mostrado interés en superarse académicamente a lo largo del cumplimiento de su condena.

7.3. Estudio jurídico. Chile

7.3.1. Libertad condicional

7.3.1.1. Normativa Internacional

La libertad condicional posibilita un retorno progresivo y gradual al medio social al permitir al recluso cumplir con el saldo de su pena en el medio libre, bajo la tutela/el acompañamiento de un delegado de libertad vigilada o condicional (*parole officer*).

Al igual que los permisos de salida, la libertad condicional responde también a los planteamientos de las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos (Regla 60.2), en cuanto establecen la conveniencia de que, antes del término de la ejecución de una pena o medida, se adopten los medios necesarios para asegurar al recluso un retorno progresivo a la vida en sociedad.

Las Reglas de Bangkok, complementan la regulación anterior al señalar (Regla 46) que las autoridades penitenciarias, en cooperación con los servicios de libertad condicional y de asistencia social, los grupos comunitarios locales y las organizaciones no gubernamentales, elaborarán y ejecutarán programas de reinserción amplios para el período anterior y posterior a la puesta en libertad, en los que se tengan en cuenta las necesidades específicas de las mujeres.

7.3.1.2. Normativa nacional

7.3.1.2.1. Regulación

La libertad condicional se encuentra regulada en el Decreto Ley Nº 321, de 1925, del Ministerio de Justicia, que establece la libertad condicional para los penados. Este Decreto fue modificado por la Ley Nº 20.587, de 8 de junio de 2012. La reglamentación de la libertad condicional está regulada por el Decreto Supremo Nº 2.442, de 1926, del Ministerio de Justicia.

7.3.1.2.2. Requisitos

Los requisitos para obtener la libertad condicional se encuentran establecidos en los artículos 2 y 3 del Decreto Ley Nº 321 y 4, 15 y 16 de su reglamento. Estos son:

i. Que el recluso se encuentre cumpliendo condena por sentencia firme o ejecutoriada. Todas las personas condenadas, independiente del delito cometido y de la pena impuesta, tienen derecho a solicitar la libertad condicional. Este beneficio intrapenitenciario no tiene exclusiones. El delito cometido o la condena, en su caso, solo determinarán el tiempo mínimo a cumplir para efectuar la solicitud.
ii. Que la pena privativa de la libertad impuesta al condenado sea superior a un año. Este límite temporal ha sido justificado, en el sentido que el tiempo necesario para aplicar una intervención penitenciaria debiera constar de un mínimo temporal no inferior a un año, para luego comprobar sus efectos mediante la liberación a prueba (Morales, 2013).
iii. Que el condenado haya cumplido de manera efectiva una parte de la condena impuesta. El tiempo de cumplimiento efectivo previo dependerá, en algunos casos, del delito por el cual fue condenado y, en otros, de la condena impuesta. La tabla siguiente establece los plazos de cumplimiento mínimo:

Solicitud Libertad Condicional	Plazo	Delito/Condena
REGLA GENERAL	Mitad del total de la condena[1]	Resto de delitos
PLAZOS MAYORES	2/3 del total de la condena	Parricidio. Homicidio calificado. Robo con homicidio. Violación con homicidio. Violación de menor de 14 años. Infanticidio. Abuso sexual calificado menor de 14 años (art. 365 bis Nº 2º del Código Penal) Abuso sexual impropio (art. 366 bis del Código Penal). Almacenamiento de material pornográfico infantil (art. 366 quinquies del Código Penal). Favorecimiento de la prostitución infantil (art. 367 del Código Penal). Trata de personas (art. 411 quáter del Código Penal). Elaboración o tráfico de estupefacientes. Delitos terroristas. Manejo en estado de ebriedad causando lesiones graves gravísimas o la muerte.
PLAZOS MENORES	10 años	Condenas superiores a 20 años.
	3 años	Condena superior a 6 años por delitos de hurto o estafa.
PLAZOS ESPECIALES	20 años	Presidio perpetuo simple.
	40 años	Presidio perpetuo calificado.

1. La ley considera como tiempo total de condena la suma de todas las condenas que el recluso deba cumplir.
Fuente: Elaboración propia.

Sin perjuicio de lo anterior, la ley permite el otorgamiento de la libertad condicional a aquellos condenados que cumplan los tiempos mínimos de sus condenas con posterioridad a los períodos de postulación y concesión de la libertad condicional (art. 4 inciso final Decreto Ley. 321). El reglamento explicita esta posibilidad y señala que podrán incluirse en las listas que elabora Gendarmería de Chile a los condenados que cumplan el tiempo mínimo que los habilite para postular a la libertad condicional durante los meses de abril, mayo y junio o durante octubre, noviembre y diciembre respectivamente. En estos casos la Comisión de libertad condicional podrá conceder el beneficio, pero éste sólo se hará efectivo en el momento en que se cumpla el tiempo mínimo y siempre que el condenado, a esa fecha, mantenga muy buena conducta (art. 24 Reglamento de la ley).

La segunda posibilidad de postulación anticipada se concede a aquellos reclusos que tengan acumulados meses de reducción de condena por comportamiento sobresaliente. En este caso la postulación puede anticiparse en un semestre al que le correspondería.

iv. Haber observado conducta intachable en el establecimiento penal

La calificación de intachable de la conducta de un recluso no está definida en ninguna norma penitenciaria ni corresponde a las notas para clasificar conducta establecidas en el artículo 21 del reglamento de la ley de libertad condicional. Sin perjuicio de ello, normalmente se le asocia con la exigencia de conducta calificada con nota "muy buena" durante todo el semestre anterior a los periodos de postulación, esto es, a abril u octubre de cada año.

v. Haber aprendido un oficio, si hay talleres en el establecimiento penal.

vi Haber asistido con regularidad y provecho a la escuela del establecimiento penal y a las conferencias educativas que se dicten.

Si el condenado acredita un nivel de educación superior al que ofrece el establecimiento penal o éste carece de una escuela, no podrá exigirse este requisito.

7.3.1.2.3. Procedimiento de concesión

En el procedimiento de concesión, luego de la reforma introducida por la ley Nº 20.587 de 8.06.2012, solo participan 2 entidades: Gendarmería de Chile y la Comisión de Libertad Condicional. Ello, con la excepción establecida en el artículo 5 incisos segundo y tercero del Decreto Ley Nº321, que se refiere a los condenados a presidio perpetuo calificado. En este caso, es el pleno de la Corte Suprema quién otorgará y revocará, en su caso, la libertad condicional.

i. Gendarmería de Chile

Según lo establece el Reglamento de la ley de libertad condicional, que a la fecha no se ha adecuado a la modificación introducida, Gendarmería, a través de los Tribunales de Conducta de cada unidad penal, debe elaborar 2 listas que serán presentadas a la Comisión de libertad condicional y que deberán estar confeccionadas el 25 de marzo y el 25 de septiembre de cada año, según sea el período de evaluación en el cual participará el condenado (abril u octubre de cada año).

En una de dichas listas se incluirán aquellos condenados que cumplen con los cuatro requisitos mencionados en la ley, esto es, tener cumplido el tiempo mínimo de reclusión exigido; haber observado conducta intachable; haber asistido a la escuela y haber aprendido un oficio (comúnmente llamada "lista uno"). En la segunda lista, Gendarmería incluirá a aquellos condenados que sólo cumplen con los 2 primeros requisitos, vale decir, tiempo mínimo y conducta (comúnmente llamada "lista 2").
En cada lista el Tribunal de Conducta fijará la ciudad en la cual tendrá residencia el liberto condicional y de la cual no podrá salir sin autorización de la Comisión de Libertad Condicional.

ii. Comisión de libertad condicional
La Comisión de libertad condicional está integrada por los funcionarios encargados de realizar la visita de cárcel en la ciudad asiento de la Corte de Apelaciones (que según lo dispone el art. 580 del Código Orgánico de Tribunales son un ministro de Corte, un Juez de Garantía y un Juez de un Tribunal oral en lo Penal) y dos jueces de Juzgados de Garantía o de Tribunales de Juicio Oral en lo penal. En Santiago la integración de la comisión aumenta a 10 jueces de Juzgados de garantía o de tribunales de juicio Oral en lo penal. La Comisión sesionará en la Corte de Apelaciones respectiva en los meses de abril y octubre de cada año. Los acuerdos serán adoptados por la mayoría simple de sus integrantes (reclusos incluidos en la lista 1) y por unanimidad (reclusos incluidos en la lista 2).

7.3.1.2.4. Efectos del otorgamiento de la libertad condicional

La libertad condicional, como se mencionara, constituye una modalidad de cumplimiento de la pena distinta a la privación de la libertad. Por tanto, los efectos de su otorgamiento importan:

i. Cumplimiento del resto de la pena privativa de la libertad en el medio libre.
ii. No es un medio de extinción de la pena.
iii. Por regla general, no modifica la duración total de la condena, con la excepción de 2 casos:
   a) Cuando el liberto condicional estaba cumpliendo una pena privativa de la libertad superior a 20 años, el otorgamiento de la libertad condicional fija la pena total que deberá cumplir esta persona en 20 años.
   b) Cuando el liberto condicional estaba cumpliendo una pena privativa de la libertad superior a 6 años, por condena por delitos de hurto y estafas, el otorgamiento de la libertad condicional fija la pena total que deberá cumplir esta persona en 6 años.
iv. El liberto condicional queda sujeto a una serie de obligaciones, cuyo incumplimiento produce la revocación del beneficio.

7.3.1.2.4. Obligaciones del condenado bajo libertad condicional

Las obligaciones a las cuales queda sujeto el liberto condicional están establecidas en el artículo 31 del reglamento de la ley:

i. El condenado deberá permanecer en el lugar de residencia señalada por el Tribunal de Conducta. Podrá ausentarse de dicho lugar o cambiar su lugar de residencia, pero para ello, requiere de la autorización del presidente de la comisión de libertad condicional respectiva.
ii. El condenado queda sometido al control del Tribunal de Conducta respectivo, es decir, aquél del lugar de su residencia. En la práctica, esta función es cumplida por los Centros de Apoyo para la integración social (ex Patronatos de Reos) y se traduce en una firma semanal.
iii. El condenado deberá obedecer todas las órdenes que le imparta el Tribunal de Conducta respectivo.

Todas las obligaciones señaladas deberán ser cumplidas por el condenado durante todo el tiempo que gozare de libertad condicional.

7.3.1.2.5. Causales de revocación de la libertad condicional
El reglamento de la ley de libertad condicional establece las causales por las cuales se procederá a revocar este beneficio, en el artículo 35:

a) Si el liberto condicional es condenado nuevamente por estado de ebriedad o por cualquier otro delito.
b) Si el liberto condicional se ausente, sin autorización previa, de su lugar de residencia.
c) Si el liberto condicional no desarrolle actividad laboral o educacional.
d) Si el liberto condicional no cumple, sin justificación, con su control de firmas por dos semanas consecutivas.

La revocación se realiza mediante resolución de la Comisión de libertad condicional respectiva a petición del Tribunal de Conducta.

El condenado al cual se le haya revocado la libertad condicional deberá ingresar a cumplir efectivamente privado de libertad el saldo de pena que le quedare, y podrá postular nuevamente al beneficio de libertad condicional, pero se establece para ello un nuevo requisito que consiste en un plazo de suspensión o espera: deberá cumplir la mitad del tiempo que le resta de condena por la revocación de la libertad condicional y reunir los demás requisitos que exige el Decreto Ley 321 y su reglamento.

7.3.1.2.6. Relación entre rebaja de condena y libertad condicional
La calificación de comportamiento sobresaliente en virtud de la Ley Nº 19.856 genera los siguientes efectos respecto de la libertad condicional:

- Condenado puede postular un semestre antes a la libertad condicional (art. 5 inc. 2 de la Ley de Rebaja de Condena).
- Constituye un antecedente calificado para la postulación a la libertad condicional (art. 5 inc. 1 de la Ley de Rebaja de Condena).

7.3.1.2.7. Condonación de una parte de la condena

El artículo 8 del Decreto Ley Nº321 establece un beneficio adicional para aquellos libertos condicionales que durante el cumplimiento de su condena en libertad condicional hubiesen observado muy buena conducta durante la mitad del tiempo que debían cumplir bajo esta modalidad. Se trata de la condonación de condena o indulto parcial, que se hará efectiva por medio de un decreto supremo (art. 38 del Reglamento de libertad condicional).

Para que proceda la condonación, el requisito de muy buena conducta se acreditará con un certificado de cumplimiento del organismo fiscalizador (Centros de Apoyo para la integración social —antiguos Patronatos de Reos— a cargo del Departamento Postpenitenciario de Gendarmería de Chile).

7.3.2. Rebaja de condena

7.3.2.1. Normativa y estándares internacionales

Como ya fue indicado, son diversas las normas internacionales que se refieren a la reinserción como finalidad de la pena, por lo que un instituto como la rebaja de condena no puede estar ajeno a este contexto. En concordancia con lo indicado se puede destacar la Regla 70 de las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos que indica que "*en cada establecimiento se instituirá un sistema de privilegios adaptado a los diferentes grupos de reclusos y a los diferentes métodos de tratamiento, a fin de alentar la buena conducta, desarrollar el sentido de la responsabilidad y promover el interés y la cooperación de los reclusos en lo que atañe su tratamiento*".

7.3.2.2. Normativa Nacional

La rebaja de condena por comportamiento sobresaliente se encuentra regulada en nuestra legislación en la Ley Nº 19.856, de 2003, que crea un sistema de reinserción social de los condenados sobre la base de la observación de buena conducta y en su reglamento establecido por Decreto Nº 685, de 2003, del Ministerio de Justicia.

7.3.2.2.1. Definición

El beneficio de reducción de condena por comportamiento sobresaliente es una figura de carácter administrativa que permite a un condenado obtener reducciones de su tiempo total de condena en la medida que lleve a cabo, de manera continua y provechosa, una serie de actividades encaminadas a su reinserción social. En este sentido, puede considerarse una herramienta para crear en el condenado la voluntad y capacidad de llevar adelante su vida sin infracciones penales.

7.3.2.2.2. Beneficio

Esta ley contempla el beneficio de reducción de condena en base a un comportamiento sobresaliente.

i. Beneficiarios

Son beneficiarios de reducción de sus condenas las personas condenadas por sentencia ejecutoriada y que se encuentren privadas de libertad, aquéllas a las cuales se les otorgó la medida alternativa de reclusión nocturna y los libertos condicionales.

ii. Contenido

La reducción de condena consiste en la rebaja de 2 ó 3 meses del tiempo total de condena por cada año en el cual el comportamiento del condenado haya sido calificado por la Comisión de reducción de condena como sobresaliente. La rebaja de 2 ó 3 meses está condicionada al tiempo que lleve cumplido el condenado: si éste aún no ha cumplido la mitad del tiempo total de su condena acumulará 2 meses por cada año de calificación y cumplida la mitad de su condena acumulará 3 meses cada año. El aumento a 3 meses se aplica a los años posteriores al período correspondiente a la mitad de la condena, salvo en el caso de condenas a números de años impares en las cuales el aumento a 3 meses se aplica también al año mismo en el que se cumpla la referida mitad (art. 3 de la ley referida).

iii. Requisitos para ingresar al sistema de reducción de condena

La ley de reducción de condena establece una serie de requisitos que debe cumplir la persona condenada para ingresar al "*sistema de reducción de condena*". Esta terminología no es utilizada por la ley, pero servirá para comprender de mejor manera el proceso complejo de obtención de este beneficio.

Todo condenado que cumpla con los requisitos que se indicarán a continuación, deberá ser postulado por Gendarmería de Chile a la Comisión de Reducción de Condena para que ésta ejerza sus funciones o facultades, las cuales, en el inicio del proceso serán: declarar al condenado excluido o no excluido y, descartada la exclusión, calificar su comportamiento.

Requisitos:

a) Estar cumpliendo condena por sentencia ejecutoriada.
b) Haber permanecido ininterrumpidamente privado de libertad durante el año que será objeto de calificación (desde noviembre del año anterior al que sesionará la Comisión de Reducción de Condena hasta el 31 de octubre del mismo año en que sesionará la referida Comisión).
c) Que su conducta haya sido calificada con nota "*buena*" o "*muy buena*" en los tres bimestres anteriores al período en que se inicia el proceso de calificación de comportamiento sobresaliente (bimestre mayo-junio, julio-agosto y septiembre-octubre del mismo año en que sesionará la Comisión de Reducción de Condena).

Sólo cuando un condenado reúne estos requisitos Gendarmería de Chile deberá incluirlo en las nóminas que confecciona para ser vistas por la Comisión de Reducción de Condena. Todo condenado que cumpla con los 3 requisitos mencionados debe ser incluido en la nómina, aun cuando pudiera estar afecto a una causal de exclusión del

artículo 17 de la ley de reducción de condena, ya que es la Comisión la única facultada para efectuar exclusiones.

Incluido un condenado en la nómina y determinando la Comisión de Reducción de Condena de que no se encuentra afecto a ninguna causal de exclusión, deberá desde ese momento ser siempre incluido en las Nóminas que confecciona anualmente Gendarmería, aun cuando ya no reúna el requisito número 3, esto es, tener conducta buena o muy buena.

iv. Causales de exclusión

A diferencia de los beneficios de libertad condicional y de determinadas salidas esporádicas, el beneficio de reducción de condena sí establece categorías de condenados que quedan excluidos de poder optar a reducciones, aun cuando su comportamiento reúna todas las características para ser considerado sobresaliente. Dichas exclusiones, establecidas en el artículo 17 de la Ley de reducción de condena pueden concurrir desde el inicio de una condena o sobrevenir durante el cumplimiento de ésta.

El artículo 17 de la ley señala: "*Límites a la aplicación de los beneficios. Los beneficios establecidos en la presente ley no tendrán lugar en caso alguno, cuando se dieren una o más de las siguientes circunstancias:*

a) *La persona privada de libertad hubiere quebrantado su condena, se hubiere fugado, evadido o intentado fugarse o evadirse;*
   La primera causal plantea varias hipótesis distintas, que van desde una sentencia condenatoria por el delito de quebrantamiento de condena, tipificado en el art. 90 del Código Penal a situaciones que configuran faltas disciplinarias graves (art. 78 letras d) y ñ)) y leves (art. 80 letra g)) del reglamento de establecimientos penitenciarios. ¿Cuáles de ellas dan fundamento a la causal de exclusión? En base al respeto irrestricto al principio de Inocencia que rige nuestro sistema judicial, debemos concluir que sólo la existencia de una sentencia por el delito de quebrantamiento de condena puede dar lugar a la configuración de la primera causal de exclusión. Sin embargo, en la práctica de las Comisiones de Reducción de Condena se han considerado los intentos y consumación de fugas y evasiones, sin existencia de una sentencia condenatoria, como suficientes para dar por establecida la exclusión, basándose únicamente en los antecedentes aportados por Gendarmería de Chile.
b) *El condenado hubiere incumplido las condiciones impuestas durante el régimen de libertad condicional;*
   Esta segunda causal se configura cuando por incumplimiento de las condiciones impuestas a un liberto condicional (establecidas en los art. 28 a 31 del D.S. 2.442 que reglamenta la ley de libertad condicional y el art. 35 de la Ley) se le revoca el beneficio de libertad condicional e ingresa a la unidad penal a cumplir efectivamente el saldo de condena pendiente. Durante el cumplimiento de dicho saldo no podrá ser calificado por la Comisión de Reducción de Condena ya que ha incurrido en la causal de exclusión y deberá ser expresamente excluido por aquella.

Si este mismo recluso, durante el cumplimiento efectivo de su pena y antes de que se le concediese la libertad condicional hubiese tenido comportamiento sobresaliente, perderá además todos los meses que hubiese acumulado como consecuencia de haber incurrido en la causal de exclusión, tal como lo establece el art. 61 inciso 1 en relación con el art. 60 letra a) del reglamento de la ley de reducción de condena.

c) *La persona hubiere delinquido durante el cumplimiento de su condena, o estando en libertad provisional durante el proceso respectivo;*

Esta causal de exclusión contempla dos hipótesis:

1. Cometer un nuevo delito durante el cumplimiento efectivo de la pena o gozando de la medida alternativa de reclusión nocturna. Se ha entendido por las comisiones de rebaja de condena que las medidas alternativas de remisión condicional de la pena y libertad vigilada, al no constituir auténticos medios de cumplimiento de condena, no se consideran incluidos en la causal.
2. Cometer un nuevo delito durante el período de libertad provisional. Esta causal se aplica únicamente respecto de las personas enjuiciadas durante el proceso penal antiguo ya que la reforma procesal penal no contempla la libertad provisional.

   Para que se configuren ambas causales de exclusión es necesario contar con sentencia condenatoria firme por el nuevo delito cometido.

d) *Se trate de personas condenadas a presidio perpetuo, sea simple o calificado;*

Esta causal se configura con la sentencia condenatoria a la pena de presidio, cualquiera sea éste.

e) *El condenado hubiere cometido algún delito al que la ley asigna como pena máxima el presidio perpetuo, a menos que en la sentencia condenatorio se hubiere aplicado a su respecto alguna de las circunstancias atenuantes previstas en los art. 72 y 73 del Código Penal;*

Esta medida de exclusión importa la limitación del beneficio de reducción de condena a una serie de delitos graves contemplados en la normativa penal y que se encuentran sancionados con presidio perpetuo. En cuanto a la concurrencia de las circunstancias atenuantes de los art. 72 y 73 del Código Penal, dada la derogación de la primera (por la ley Nº 20.084, de 2005) solo elimina la causal de exclusión la atenuante de responsabilidad penal llamada eximente incompleta. Para que dicha circunstancia atenuante sea considerada por la Comisión de Reducción de Condena es necesario que el fallo condenatorio la haya acogido expresamente.

f) *El condenado hubiere obtenido el beneficio establecido en esta ley con anterioridad y,*

El beneficio de reducción de condena opera solo una vez en la vida de una persona. Por lo tanto, si el condenado ya obtuvo este beneficio durante el cumplimiento de otras condenas privativas de libertad quedará excluido. Es necesario aclarar que esta exclusión se configura con el Decreto del Ministerio de Justicia que hace efectivo el beneficio, así como con las resoluciones judiciales dictadas con ocasión de la interposición de la acción constitucional de amparo que acogen la acción y ordenan la inmediata libertad del recluso por proceder el beneficio. Por el contrario, no

da lugar a la exclusión la circunstancia de que un condenado haya acumulado, durante el cumplimiento de otras penas privativas de libertad, meses de rebaja por haber tenido comportamiento sobresaliente, cuando dicha rebaja no se hubiese reconocido por los medios señalados.

g) *La condena hubiere sido dictada considerando concurrente alguna de las circunstancias agravantes establecidas en los números 15 y 16 del art. 12 del Código Penal.*
Para la configuración de esta causal, que limita la procedencia de este beneficio respecto de personas reincidentes, es necesario que la sentencia condenatoria expresamente señale que se acoge la agravante de responsabilidad penal del art. 12 Nº15 o 16 del Código Penal.

v. Noción de comportamiento sobresaliente

La ley, en su art. 7, define qué se entiende por comportamiento sobresaliente y señala al respecto: *"se considerará comportamiento sobresaliente aquel que revelare notoria disposición del condenado para participar positivamente en la vida social y comunitaria, una vez terminada su condena".* Esta definición apunta claramente a la reinserción social del condenado.

Para efectos de saber cuándo un condenado tiene dicha disposición, la ley entrega a la Comisión de Reducción de Condena diversos criterios que deberá examinar en cada caso, contemplados en el art. 7 inciso 2 de la ley y en los art. 47 a 52 de su reglamento.

Los factores a valorar por la Comisión son los siguientes:

a) *Estudio*: la concurrencia de este factor se acredita mediante la asistencia periódica del condenado a la escuela, liceo o cursos existentes en la unidad penal y, en general, a cualquier actividad educativa extra programática acreditada y supervisada por el Consejo Técnico respectivo. De la participación del condenado en estas instancias educativas se espera una objetiva superación de su nivel educacional. La Comisión de reducción de condena podrá prescindir de este factor respecto de condenados que cuenten con un nivel educacional superior a todas las posibilidades ofrecidas por la unida penal. Sin perjuicio de ello, su participación en calidad de ayudantes o profesores en instancias educacionales, deberá considerarse para la ponderación del factor trabajo.
b) *Trabajo*: para cumplir con este requisito es necesario que el condenado haya asistido periódicamente a talleres o programas de capacitación ofrecidos por la unidad penal, ya sean talleres laborales institucionales, actividades desarrolladas al interior de los Centros de Educación y Trabajo (CET) o en empresas privadas; actividades artesanales, prestaciones de servicios como reparaciones, trabajos voluntarios en beneficio de la unidad penal o de su población, como actividades de mantención o reparación, etc., y, en general, cualquier otra actividad laboral acreditada y supervisada por el Consejo Técnico respectivo. En estos casos se espera que dichas actividades redunden en el aprendizaje de un oficio o labor provechosa para el condenado. Si éste ya tiene un oficio, basta con el ejercicio regular de aquél al interior del

recinto penal, ya sea con fines lucrativos o benéficos, para que se dé por acreditada la concurrencia del factor trabajo.

c) *Rehabilitación*: este factor no se aplica a todos los condenados que serán calificados, sino que únicamente a aquellos que manifiesten una adicción a drogas, alcohol u otra sustancia (art. 54 inciso final). ¿Qué debe examinar la Comisión de reducción de Condena en relación a este factor? No se exige una superación de la adicción, sino la manifestación por parte del condenado de una voluntad a superarla, mediante su participación en diversas instancias de tratamiento dirigidas a dicho fin. Así, la ley se refiere a la participación activa en comunidades terapéuticas, terapias clínicas psiquiátricas o psicológicas, al cumplimiento de tratamientos con medicamentos prescritos por el facultativo correspondiente, a la asistencia a terapias ocupacionales (las que también se considerarán en el factor trabajo cuando fuere pertinente), etc.

d) *Conducta*: aquí la conducta es entendida como espíritu participativo, sentido de responsabilidad en el comportamiento personal, tanto en la unidad penal como en los traslados y, en general, cualquier otro comportamiento que revelare la disposición del condenado para participar positivamente en la vida social y comunitaria, una vez terminada su condena. El reglamento establece que para efectos de este factor pueden tenerse en cuenta los informes emitidos por el Tribunal de Conducta de la unidad penal, así como también los informes evacuados por el Consejo Técnico para efectos del otorgamiento de permisos de salida o de libertad condicional.

   En el caso de condenados que se encuentren gozando del permiso de salida controlada al medio libre (salida diaria), la calificación de este factor por parte de la Comisión se efectuará atendiendo al grado de adaptación social observado en el uso de dicha salida, así como al cabal cumplimiento de la normativa que rige su ejercicio.

e) *Integración, apoyo familiar y uso de beneficios intrapenitenciarios*. Junto con los cuatro factores mencionados, que la Comisión de reducción de Condena deberá examinar, la ley señala que será facultativo para la Comisión considerar también el nivel de integración y apoyo familiar del condenado y el nivel de adaptación social que haya demostrado en el uso de beneficios intrapenitenciarios (permisos de salida).

   El cumplimiento de los factores mencionados depende, por una parte, de la voluntad del condenado de participar en ellas y, por otra, bastante relevante sino principal, en las condiciones de la unidad penal en términos de oferta y plazas para las diversas actividades y de los medios estructurales y materiales con que cuente. Por ello, el reglamento de la ley de reducción de condena señala que la falta de los medios necesarios o adecuados para impartir o facilitar la ejecución de instancias educacionales, laborales o de rehabilitación no podrán afectar de manera negativa la calificación del comportamiento del condenado. En estos casos la Comisión de Reducción de Condena deberá efectuar la calificación sobre la base de los elementos con que cuente. Para ello, el Consejo Técnico respectivo deberá elaborar un informe que dé cuenta de las condiciones materiales del establecimiento y de las acciones o actividades realizadas por el condenado y que puedan servir para la acreditación de la notoria disposición a la participación social.

vi. Prisión preventiva y rebaja de condena (art. 9)
La ley de reducción de condena establece que el período de privación de libertad sufrido por el condenado en prisión preventiva también será objeto de calificación. Para ello, la unidad penal deberá llevar un registro con todos los antecedentes de comportamiento correspondientes a las personas que se encuentran en prisión preventiva y únicamente serán evaluados los factores de rehabilitación y conducta. La evaluación de comportamiento correspondiente a este tiempo se realizará durante el primer período de calificación del comportamiento del condenado.

vii. Comportamiento sobresaliente y reclusos en reclusión nocturna
Las Comisiones de Reducción de Condena también califican el comportamiento de los reclusos en reclusión nocturna. Para efectos de considerar que el comportamiento de dicho recluso ha sido sobresaliente, el reglamento en su art. 65 establece que dicha calificación podrá obtenerse cuando el recluso no haya incurrido en algunas conductas tales como ingreso al establecimiento penal en estado de ebriedad; incurrir en conductas que revistan caracteres de delito durante la permanencia en el establecimiento de cumplimiento; ingreso o consumo de bebidas alcohólicas y drogas y el ingreso o uso de armas de fuego o corto punzantes.

7.3.2.2.3. Comisión de Rebaja de Condena

i. Integración
Las comisiones de reducción de condena se integrarán por:

- Un ministro de Corte de Apelaciones.
- Tres jueces de letras con competencia en materia penal o miembros del Tribunal Oral en lo Penal.
- Un abogado.
- Dos peritos, psicólogo y trabajador social.

En la región metropolitana el número de integrantes aumenta:

- Un ministro de Corte y, en caso que se determine la división de la Comisión, se designa otro (que es la práctica habitual).
- Siete jueces con competencia en lo criminal o miembros del Tribunal Oral en lo Penal.
- Dos abogados.
- Dos peritos.

ii. Constitución de la Comisión de Reducción de Condena
Las Comisiones de Reducción de Condena sesionarán en las unidades penales donde se encuentran los condenados cuyo comportamiento será calificado. Para ello, deberán constituirse en la unidad penal el 5 de noviembre de cada año y sesionarán hasta el 25 del mismo mes.

Para proceder a la calificación de comportamiento las unidades penales deberán tener confeccionada una carpeta por cada condenado donde constarán los diversos antecedentes que la Comisión debe tener a la vista: libro de vida del penado; actas del Tribunal de Conducta; informes elaborados por el Consejo Técnico relativos a los factores obligatorios de evaluar.

Por su parte, la Comisión podrá recabar mayores antecedentes, cuando lo estime necesario, tales como informes adicionales del Tribunal de Conducta y Consejo Técnico, informes sociales y psicológicos elaborados para este beneficio y podrá también entrevistarse con el condenado.

iii. Atribuciones

La Comisión de reducción de condena, en el proceso de calificación de comportamiento, tiene diversas atribuciones:

a) Declarar las exclusiones. Como ya señaláramos, Gendarmería de Chile debe incluir en las nóminas respectivas a todos los condenados que cumplan con los tres requisitos para ingresar al sistema de calificación, aun cuando pudieran estar afectos a una causal de exclusión. En estos casos, se confecciona una primera nómina con todos aquellos condenados que pudieren encontrarse en alguna de las hipótesis del art. 17 de la ley de reducción de condena. Dichos condenados serán los primeros en ser examinados por la Comisión, la que deberá declarar si efectivamente les afecta la causal de exclusión o no. Si está afecto a una causal de exclusión, la Comisión lo declarará así, indicando específicamente cuál es y señalando la improcedencia de la calificación del comportamiento. Los condenados excluidos no podrán ingresar al sistema de calificación de comportamiento y deberán ser notificados de ello personalmente por un funcionario de Gendarmería de Chile o por uno o más de los miembros de la Comisión, cuando ésta lo decida así por mayoría de sus miembros.
b) Calificación de comportamiento. Descartada la concurrencia de una causal de exclusión, la Comisión procederá a pronunciarse sobre el comportamiento del condenado. El período a calificar es anual y comprende los 12 meses previos al inicio del proceso de calificación, esto es, desde noviembre del año anterior al que está sesionando a octubre del año en que se sesiona. La Comisión procederá a examinar cada uno de los informes y antecedentes reunidos en la carpeta de cada condenado y determinará si se satisfacen los cuatro factores obligatorios a evaluar (trabajo, educación, rehabilitación y conducta) y determinará si el comportamiento anual del condenado ha sido "*sobresaliente*" o "*no sobresaliente*". En caso que se trate del primer período de calificación del condenado y éste hubiere estado en prisión preventiva, deberán calificarse los 12 meses en calidad de condenado y, además, el tiempo en que estuvo privado de libertad como imputado.
c) Caducidad de los meses acumulados. El "*sistema de reducción de condena*" se traduce en un período de acumulación de meses por cada año de comportamiento sobresaliente, pero que el condenado puede perder, en todo o en parte, si incurre

en alguna de las conductas de cesación de comportamiento sobresaliente que menciona el reglamento en el art. 60 y respecto de las cuales debe pronunciarse la Comisión.

Causales de cesación de comportamiento sobresaliente:

a) Cuando el condenado incurre en alguna de las causales de exclusión mencionadas en el artículo 17 de la ley.
b) Cuando el condenado no cumple con alguno de los requisitos mencionados en el artículo 12 de la ley, requisitos para ingresar al sistema. En este caso el único requisito posible de no dar cumplimiento es el de los 3 bimestres de buena o muy buena conducta. Cuando ello sucede, el comportamiento del condenado no puede ser objeto de calificación y se entiende que ha cesado en su comportamiento sobresaliente.
c) Cuando la Comisión procede a efectuar la calificación de su comportamiento anual y lo califica como "*no sobresaliente*".
   Es importante recalcar que la caducidad de los meses que el condenado hubiere acumulado es sin perjuicio de la procedencia futura del beneficio, es decir, el condenado podrá ingresar nuevamente en el sistema de reducción de condena, salvo que la cesación de comportamiento sobresaliente se deba a haber incurrido en una causal de exclusión, ya que en estos casos el condenado no podrá ser presentado en el futuro por Gendarmería de Chile.

Efectos de las causales de cesación de comportamiento sobresaliente

Las causales señaladas no producen los mismos efectos en los meses de rebaja acumulados por el condenado. En el caso de la primera causal, esto es, incurrir en una causal de exclusión, la Comisión está obligada a declarar la caducidad de todos los meses acumulados, es decir, el condenado pierde todo. En estos casos el condenado podrá interponer ante la Comisión un recurso de reconsideración.

En los dos casos restantes —no obtener conducta buena o muy buena y calificación de comportamiento como no sobresaliente—, la Comisión podrá declarar la caducidad del beneficio, es decir, la pérdida de todos los meses acumulados o la subsistencia de un porcentaje de ellos.

d. Subsistencia de una parte de los meses acumulados

Para que la Comisión de Reducción de Condena pueda declarar la subsistencia de un porcentaje de los meses acumulados, deben reunirse los siguientes requisitos:

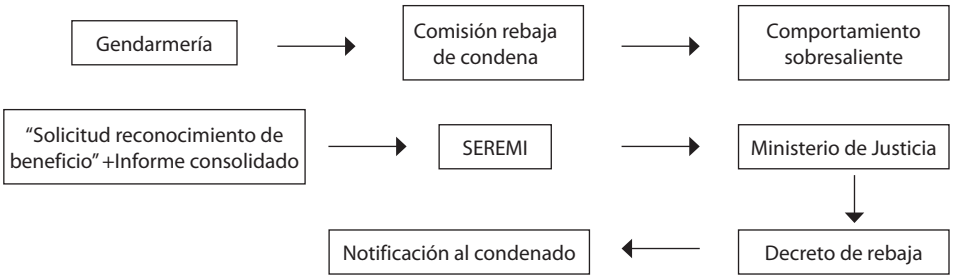
i. Que la cesación del comportamiento sobresaliente se deba a las causales de las letras b) y c) del artículo 60, esto es, no obtener conducta buena o muy buena y calificación de comportamiento como no sobresaliente.
ii. Que el condenado haya cesado en su comportamiento sobresaliente en un solo período de calificación, es decir, que se trate de la primera vez en que incurre en las

causales mencionadas (artículo 61 inciso 2 en relación con el artículo 8 de la ley de rebaja de condena).

iii. Resolución fundada de la comisión. La Comisión en estos casos sólo podrá declarar la subsistencia de hasta un 80% de los meses de rebaja acumulados, es decir, en el mejor de los casos el condenado perderá un 20% de los meses.

7.3.2.2.4. Procedimiento de obtención del beneficio

A continuación se presenta un organigrama que grafica las diversas instancias del sistema de reducción de condena, desde el inicio hasta su reconocimiento:



i. Solicitud de reconocimiento de beneficio

Establecida la fecha de cumplimiento próximo de la condena, con las reducciones efectuadas, el Jefe del establecimiento comunicará al recluso que puede elevar una solicitud para el reconocimiento de los meses de reducción. Dicha comunicación deberá ser efectuada con al menos 75 días hábiles de anticipación a la fecha estimativa de cumplimiento.

La solicitud es un formulario elaborado por Gendarmería de Chile y firmado por el recluso solicitante. Dicha solicitud será enviada a la Secretaría Regional Ministerial de Justicia (Seremi) respectiva junto a un conjunto de otros antecedentes denominados "*Informe Consolidado*". El art. 70 del reglamento establece cuál es el contenido de dicho informe, los que se refieren a informaciones objetivas tales como individualización del condenado, identificación de sus causas y condenas, número de calificaciones sobresalientes obtenidas, etc.

ii. Recepción de antecedentes, examen y facultades de la Seremía y el Ministerio de Justicia

Una vez recepcionada la solicitud de reconocimiento de beneficio junto al Informe consolidado, la Seremía respectiva deberá revisar el cumplimiento de los requisitos objetivos, pudiendo considerar para estos efectos únicamente los antecedentes de que da cuenta el informe consolidado (art. 75 del reglamento). Respecto a cuáles requisitos revisten la calidad de "*objetivos*", ni la ley ni el reglamento lo señalan expresamente. Sin perjuicio de ello, y considerando que la revisión de dichos requisitos sólo puede realizarse sobre la base del informe consolidado, estimamos que el contenido de dicho informe delimita las facultades de la

Seremía sobre la referida revisión a los antecedentes mencionados en el artículo 70 del reglamento[105].

En contraposición, los requisitos "*subjetivos*" deben ser entendidos como aquellos que miran al comportamiento del recluso, esto es, aquellos que integran la calificación de comportamiento sobresaliente, cuya evaluación es de competencia exclusiva de la comisión.

Si revisados los antecedentes del Informe Consolidado se determina la falta de alguno de los requisitos objetivos, la Seremía deberá solicitar de forma inmediata a la unidad penal correspondiente, los antecedentes faltantes para la tramitación de la solicitud.

Una vez efectuada la revisión por parte de la Seremía respectiva y cumpliéndose con los requisitos objetivos, el Ministerio de Justicia efectúa una segunda revisión a fin de determinar la posible existencia de una causal de exclusión. Así lo dispone el artículo 77 del reglamento al señalar: "*el rechazo de la procedencia del beneficio solo podrá fundarse en alguno de los supuestos previstos en el artículo 17 de la ley Nº 19.856*".

Dicho examen contempla también el período comprendido entre la última calificación efectuada por la Comisión respectiva y el momento en que el Ministerio cuenta con los antecedentes y revisa la posible existencia de causales de exclusión.

De esta manera, del juego de normas citadas (artículos 70, 75, 77 y 78 del Reglamento de la Ley 19. 856) se desprende que las facultades de la Seremía respectiva y del Ministerio de Justicia se limitan a cuestiones objetivas y a establecer causales de exclusión sobrevinientes o no advertidas por la Comisión, pero en ningún caso comprenden la facultad de (re) calificar el comportamiento del recluso ya que ésta es una facultad

---

105. Artículo 70.– Los antecedentes fundantes que componen el Informe Consolidado, respecto de las personas privadas de libertad o en reclusión nocturna serán los siguientes:
a) La individualización del condenado;
b) Identificación de las causas, juzgados y delitos;
c) Identificación de la condena: duración, fecha de inicio, de término original, de cumplimiento con reducción;
d) Tratándose de suspensiones en el cumplimiento de la reclusión nocturna, debidamente autorizadas por el tribunal, la nueva fecha de término de esta medida;
e) Identificación de multas o penas sustitutivas, si las hubiere, con indicación de su estado de cumplimiento;
f) Número de calificaciones sobresalientes obtenidas con indicación del año a que correspondieren, señalando el tiempo de reducción asignado a cada una de éstas;
g) La ausencia de interrupciones en dicha calificación;
h) La recuperación de la calificación de comportamiento en caso de interrupción y la indicación del porcentaje de reducción que mantiene la persona condenada, expresado en meses y días, si fuere el caso;
i) Número total de meses en que debería entenderse reducida la condena con indicación de la fecha en la que deberá tenerse por cumplida, una vez efectuada la reducción o condonación, y
j) Fecha, número de acta y Corte de Apelaciones de la jurisdicción de la Comisión correspondiente a cada período de calificación.
Respecto de las personas que han obtenido libertad condicional, el Informe Consolidado deberá incorporar además de lo señalado precedentemente lo siguiente:
a) Número y fecha del decreto que concede la libertad condicional, y
b) Fecha de la mitad del período de libertad condicional con certificación del cumplimiento sin faltas en dicho período por el órgano fiscalizador, en los términos exigidos por el artículo 8 del decreto ley Nº 321, de 1925, sobre libertad condicional.

entregada por el legislador a las comisiones de reducción de condena, tal como lo señala expresamente el artículo 10 de la Ley de reducción de condena relativo a la "*Competencia y procedimiento*" en dicho beneficio, estableciendo: "*Artículo 10. Órgano calificador. Una comisión denominada "Comisión de beneficio de reducción de condena*", será competente para efectuar la calificación de comportamiento necesaria para acceder a los beneficios previstos en el Título anterior".

iii. Otorgamiento o rechazo del Beneficio

El otorgamiento y el rechazo del beneficio de reducción de condena se efectúan mediante un decreto supremo emitido por el Ministerio de Justicia. Tratándose del rechazo, el art. 77 del reglamento establece que éste deberá ser fundado y acompañar los antecedentes a partir de los cuales se hubiere decidido el rechazo.

iv. Notificación del decreto

Una vez dictado el decreto supremo, ya sea que reconoce o rechaza el beneficio, deberá ser notificado por el Jefe del establecimiento o quién éste designe, al recluso. En caso de otorgamiento del beneficio, la notificación se llevará a cabo el mismo día en que se cumpla la condena, dejándose en libertad inmediata al recluso y certificándose por Gendarmería de Chile el cumplimiento de la condena. Este certificado de cumplimiento es muy importante para efectos post-penitenciarios en lo que dice relación con la omisión y eliminación de los antecedentes penales.

Efectuada la notificación, el Jefe del establecimiento enviará al Servicio de Registro Civil e Identificación copia del decreto supremo a fin de que se incorpore en el prontuario penal del beneficiado.

7.3.2.2.5. Reducción de condena y libertos condicionales

Los Centros de Apoyo para la Integración Social otorgarán un certificado donde expresarán que el condenado liberto ha dado cumplimiento sin faltas a la mitad del período de libertad condicional, el que se presentará con la solicitud de beneficio de reducción de condena al Ministerio de Justicia y éste emitirá el decreto supremo correspondiente que señalará el reconocimiento de los meses de rebaja.

No debe olvidarse aquí que el liberto condicional puede solicitar también el beneficio de condonación de saldo de condena establecido en el art. 8 del Decreto Ley Nº 321.

7.3.2.2.6. Agravante especial

La ley de reducción de condena, en su artículo 18, establece como circunstancia agravante especial: *"cometer un nuevo delito durante el tiempo correspondiente al período condonado en virtud de esta ley".*

7.3.3. Penas mixtas

7.3.3.1. Normas nacionales

La pena mixta no constituye un tipo de sanción propiamente tal, sino un mecanismo que transforma la pena de privación de libertad en una pena sustitutiva, específicamente la libertad vigilada intensiva, poniendo término al cumplimiento de la pena en reclusión. Esta pena está regulada en el art. 33 de la Ley 20.603, que entró en vigencia en diciembre de 2013, y que modifica la ley 18.216 que regula las medidas alternativas en Chile, hoy denominadas "*penas sustitutivas*".

Se trata de una institución nueva dentro del sistema de ejecución penal chileno, y particularmente, dentro del régimen de medidas alternativas a la privación de libertad, pues permite que, por primera vez, penas privativas de libertad superiores a los 5 años de presidio menor en su grado máximo, accedan a un sistema de medidas alternativas.

7.3.3.2. Requisitos

La nueva ley establece que para acceder a esta pena, deben concurrir los siguientes requisitos:

1. Que la pena privativa de libertad impuesta al condenado fuera de 5 años y 1 día de presidio o reclusión mayor en su grado mínimo, u otra pena inferior.
2. Que al momento de discutirse la interrupción de la pena privativa de libertad, el penado no registre otra condena por crimen o simple delito. Sólo se contempla la aplicación de la pena mixta para personas que no tengan condenas anteriores (Ministerio de Justicia, 2012: 65), sin perjuicio de los dispuesto en el inciso segundo del artículo 15 bis, que establece que no se considerarán las condenas cumplidas diez o cinco años antes, respectivamente, del ilícito sobre el que recayere la nueva condena.
3. Que se hubiere cumplido un tercio de la pena privativa de libertad de manera efectiva. Cabe señalar que el tiempo exigido es menor al contemplado para optar a la libertad condicional, dado que para postular a este último mecanismo se requiere el cumplimiento de la mitad del tiempo de condena, sin perjuicio de otros casos excepcionales donde se exige mayor tiempo. La justificación estaría en que al incorporar instituciones que, sobre la base de buenas conductas y otros requisitos adicionales, permitan anticipar los egresos desde establecimientos penitenciarios, bajo un programa efectivo de control y apoyo a la reinserción, como es el caso de la ejecución de la libertad vigilada intensiva, se puede favorecer de forma más eficiente la reinserción social del condenado.
4. Que el condenado hubiere observado un comportamiento calificado como "*muy bueno*" o "*bueno*" en los tres bimestres anteriores a su solicitud, de conformidad a lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 2.442, que reglamenta la Ley de Libertad Condicional.

5. Que el condenado cuente con un informe favorable de Gendarmería de Chile. Dado que por aplicación de la pena mixta podrían acceder al régimen de penas sustitutivas personas de mayor compromiso delictual, la nueva ley también exige que para solicitarse esta medida se cuente con un informe favorable de Gendarmería. Ello con la intención de que el tribunal cuente con antecedentes que avalen que la persona se encuentra preparada para un régimen en libertad en forma anticipada (Ministerio de Justicia, 2012: 67). El contenido del informe es el siguiente, según lo establece el art. 33 de la Ley 20.603:
   1) *Una opinión técnica favorable que permita orientar sobre los factores de riesgo de reincidencia, a fin de conocer las posibilidades del condenado para reinsertarse adecuadamente en la sociedad, mediante una pena a cumplir en libertad. Dicha opinión contendrá, además, los antecedentes sociales y las características de personalidad del condenado y una propuesta de plan de intervención individual que deberá cumplirse en libertad. Considerará, asimismo, la existencia de investigaciones formalizadas o acusaciones vigentes en contra del condenado.*
      La opinión técnica debe sustentarse en la evaluación de factores de riesgo que se determinarán conforme a la aplicación de instrumentos estandarizados que sustentan el nuevo modelo de intervención. En este apartado la norma refiere a una propuesta de plan de intervención individual. Esto obedece a razones de economía procesal, dado que si para realizar la audiencia en que se discuta la aplicación de la pena mixta se requiere un informe favorable de Gendarmería, donde se incluyen aspectos referidos a sus posibilidades de reinserción en libertad, no hay razón para no exigir en ese mismo momento que se adjunte una propuesta de plan de intervención individual, permitiendo que, en caso de acceder el tribunal a otorgar la pena mixta, en la misma audiencia se apruebe el plan de intervención, no debiendo aplicarse en consecuencia, el inciso segundo del art. 16, en lo referido al plazo para la propuesta y aprobación del plan, aunque sí obviamente en lo que respecta a su contenido (Ministerio de Justicia, 2012: 68).
   2) *Informe de comportamiento, de conformidad a lo dispuesto en el decreto supremo N° 2.442, de 1926, Reglamento de la Ley de Libertad Condicional.*
   3) *Factibilidad técnica de la aplicación del monitoreo telemático, la cual incluirá aspectos relativos a la conectividad de las comunicaciones en el domicilio y la comuna que fije el condenado para tal efecto.*
      La inclusión de este elemento en el informe se debe a que, para el control de las condiciones de la libertad vigilada intensiva impuesta por aplicación de la pena mixta, el monitoreo telemático se prescribe por la nueva ley como obligatorio.

7.3.3.3. Decisión sobre la pena mixta

La ley no señala cuál es el tribunal competente para resolver sobre la pena mixta. De la interpretación de las diversas normas contenidas en la Ley 18.216, se puede concluir que es el juez de garantía el encargado de imponerla. En efecto, quien impone la pena puede ser el juez de garantía o el tribunal de juicio oral en lo penal, según el

procedimiento de que se trate, sin embargo es el juez de garantía, el encargado de la ejecución de la pena.

Cabe señalar que esta pena no es considerada en el artículo 1 de la Ley 18.216 como una pena sustitutiva, en cambio sí constituye una forma de modificar una pena privativa de libertad por libertad vigilada. En estricto rigor se trata "*una forma adicional de poner término al cumplimiento de penas privativas de libertad, junto a las ya existentes, tales como el cumplimiento efectivo de la pena, la obtención de la libertad condicional o de la rebaja de condena*" (Ministerio de Justicia, 2012: 65). En efecto, la pena mixta exige requisitos distintos a las penas sustitutivas, requisitos, que no sólo lo asemejan más a un beneficio sino que se trata de antecedentes que surgen del proceso mismo de ejecución penal.

Tratándose de una cuestión de ejecución, su conocimiento corresponde de acuerdo a las reglas del Código de Orgánico, al juez de garantía.

La aplicación de la pena mixta puede decretarse por el tribunal tanto de oficio como a petición de parte, aunque deberá contarse siempre con el informe favorable de Gendarmería. El art. 33 indica que el tribunal debe citar a una audiencia, para que, luego de escuchar a los intervinientes y examinar los antecedentes, resuelva sobre el punto. Sin embargo, se contempla la posibilidad de que a propósito de dicha audiencia, el tribunal requiera mayores antecedentes a Gendarmería acerca de la factibilidad técnica del monitoreo. Su justificación radica en que, el monitoreo telemático tiene aplicación obligatoria cuando la libertad vigilada intensiva se impone a consecuencia de la aplicación de la pena mixta. Como es obligatorio contar con un informe de factibilidad favorable para decretar la supervisión mediante monitoreo, la ley señala que se debe emitir ese informe de factibilidad, sobre "*aspectos relativos a la conectividad de las comunicaciones en el domicilio y la comuna que fije el condenado para tal efecto*". Gendarmería sólo puede verificar la factibilidad respecto de una de las condiciones específicas de la libertad vigilada intensiva (obligación de mantenerse en el domicilio o lugar que determine el juez) y no respecto de las otras dos condiciones susceptibles de ser controladas por monitoreo (prohibición de acudir a determinados lugares y prohibición de acercamiento a determinadas personas). En consecuencia, si el juez al momento de la audiencia estima procedente imponer alguna de estas últimas condiciones, para lo cual utilizaría el monitoreo telemático como mecanismo de supervisión, deberá necesariamente requerir un informe de factibilidad técnica adicional respecto de los elementos propios referidos a esas condiciones (por ejemplo, lugares donde no se podrá acercar el condenado, conocidos como zonas de exclusión) (Ministerio de Justicia, 2012: 68).

7.3.3.4. Régimen de la pena mixta. Incumplimiento y revocación

El efecto principal de otorgarse la pena mixta, consiste en que la persona favorecida interrumpe su privación de libertad, pasando, por el tiempo equivalente al saldo de

la pena que le resta por cumplir, a un régimen de libertad vigilada intensiva, aplicándose en consecuencia todo lo referido a ella, en cuanto a plan de intervención individual, obligaciones y condiciones a las que queda sujeto, etc. Así, la pena privativa de libertad queda interrumpida durante la ejecución de la libertad vigilada intensiva.

Cuando la libertad vigilada intensiva se ejecuta por aplicación de la pena mixta, la ley contempla el uso del sistema de monitoreo telemático, para controlar y fiscalizar las condiciones a las que queda sujeto el condenado, aunque en este caso de manera obligatoria, lo cual ha quedado expresamente definido por la ley en virtud de los siguientes artículos:

"Artículo 23 bis A.– Tratándose del régimen de pena mixta, previsto en el artículo 33 de esta ley, la supervisión a través de monitoreo telemático será obligatoria durante todo el período de la libertad vigilada intensiva."

"Artículo 33 (inciso segundo).– En el caso que el tribunal dispusiere la interrupción de la pena privativa de libertad, remplazándola por el régimen de libertad vigilada intensiva, ésta deberá ser siempre controlada mediante monitoreo telemático."

Al cumplirse la libertad vigilada intensiva, señala la ley que se debe reconocer en una resolución fundada, y que el saldo de la pena privativa de libertad, que se encontraba suspendido, se remite, teniéndose por cumplida la pena con el mérito de dicha resolución.

La ley, en su artículo 25, establece los supuestos de incumplimiento de las penas sustitutivas en general y las consecuencias a ellos asociadas, diferenciando entre incumplimientos graves o reiterados y otros incumplimientos injustificados.

1. Incumplimiento grave o reiterado de las condiciones impuestas. El tribunal deberá revocar la pena sustitutiva impuesta o remplazarla por otra pena sustitutiva de mayor intensidad, atendiendo a las circunstancias del caso en concreto.
2. Otros incumplimientos injustificados. En caso de incumplimientos que no revistan las características de gravedad o reiteración, el tribunal deberá imponer la intensificación de las condiciones de la pena sustitutiva. Esta intensificación consistirá en establecer mayores controles para el cumplimiento de dicha pena.

Capítulo 8. Trabajo penitenciario

8.1. Introducción

Uno de los derechos reconocidos internacionalmente para una buena práctica penitenciaria es el derecho a la actividad laboral, convirtiéndose en la piedra angular de las actividades en prisión. Comenzaremos por abordar el estudio del trabajo en la prisión y la política penitenciaria, recordando sus orígenes y evolución. A continuación veremos el contenido y alcance del principio de laboralización y su naturaleza jurídica. Dadas las peculiaridades del régimen penitenciario, será conveniente estudiar otros principios que informan el trabajo penitenciario —al revestir la naturaleza de un derecho-deber—, y otros derechos y deberes de los internos trabajadores. Sin solución de continuidad, nos referiremos a los diferentes tipos de trabajo en establecimientos penitenciarios, distinguiendo entre el trabajo por cuenta ajena y las prestaciones personales obligatorias. Finalmente, se examinará la organización del trabajo y las condiciones laborales del trabajador-interno, la adjudicación de los puestos de trabajo, la interrupción, suspensión y extinción de la relación laboral.

8.1.1. Trabajo y política penitenciaria

La Segunda Guerra Mundial marcó un hito crucial en las políticas penales internacionales, estableciendo un orden global universal imbuido por los derechos humanos, cuya principal consecuencia fue por un lado, el reconocimiento de la dignidad humana de los internos y, de otro, la prohibición de la tortura y de los tratos y penas crueles, inhumanos y degradantes para las personas privadas de libertad. Explícitamente tales pretensiones han sido recogidas en las principales leyes internacionales, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de las Naciones Unidas.

La amarga experiencia de los campos de concentración nazis en los que regía el principio de que el trabajo hacía libre a las personas, sea cuales fueran las condiciones de este, hizo tomar conciencia a la humanidad y a sus gobernantes de que la pena no puede confundirse con el trabajo y, en consecuencia, que cualquiera que sea la ocupación

aflictiva que se imponga a los penados constituye una pena inhumana y degradante. En este sentido, el artículo 7 (PIDCP) dispone que "*Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes*" (véanse, también, el artículo 5 Declaración Universal de Derechos del Hombre ; artículos 1 y 2.1 CTCID; artículos 1 y 2 CIPST, principio 6). Las personas privadas de libertad siguen siendo personas, pese a su reclusión en un centro penitenciario, debiendo observarse por parte de los Estados la obligación de tratar a *"toda persona privada de libertad (…) humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano*" (art. 10 1 PIDCP).

Paralelamente, en este nuevo orden global, la política penitenciaria sufrió una evolución considerable cuya principal consecuencia tuvo su reflejo en el modelo de la prisión, concebida históricamente como centro de trabajo forzado, superando las denostadas concepciones de la Ilustración europea del siglo XVIII y XIX, basadas principalmente en el carácter retributivo y utilitarista de la pena, cuyo principal objetivo pretendía causar dolor, a la vez que se aprovechaba la fuerza de trabajo para realizar las labores más penosas o arriesgadas de las grandes obras públicas de finales del XIX y principios del XX.

Esta evolución del sistema penitenciario cristalizó a mediados del siglo XIX en Estados Unidos, contraponiéndose dos sistemas de prisiones, orientados en fundamentos antagónicos. Los sistemas penitenciarios propuestos desde Estados Unidos no pretendían acabar con el trabajo penitenciario, ni siquiera con su carácter de "*trabajo forzado*", tan solo superaron la etapa del trabajo salvaje e introdujeron unos criterios de ordenación y racionalización del mismo. En primer término, el llamado Modelo de Pennsylvania, conforme al cual el método adecuado para lograr la reforma de los internos consistía en su encarcelamiento en solitario, recurriendo además a la religión, como forma de "*expiación moral*". En segundo lugar, se desarrolló el denominado Sistema de Auburn, acorde al cual la corrección de los internos se alcanzaría mediante la realización de un trabajo productivo.

Es conveniente recordar que entre los siglos XVI y XVIII las prisiones habían sido diseñadas como centros de trabajo, siendo la ocupación laboral el elemento central en el sistema penitenciario. La etapa posterior significó una nueva concepción de las prisiones, que se despojarán de su carácter laboral, representando centros de detención, asociados a la idea de privación de libertad.

8.1.1.1. Los orígenes del trabajo en prisiones

En un breve recorrido por la historia del trabajo penitenciario es preciso recordar su vinculación a la existencia de la pena privativa de libertad. Antes que las prisiones, existieron los centros de trabajo, si en ellos se privaba de libertad ambulatoria no era como fin, sino como medio para asegurarse la disponibilidad del trabajador/penado. Como ha quedado de manifiesto en las líneas anteriores, el origen del trabajo penitenciario se remonta al siglo XVI, si bien entendido ese concepto de "*trabajo*" de una

manera muy rudimentaria, como ocupación sin reconocimiento de ningún tipo de la condición de trabajador del condenado. Como ejemplos conocidos de estos modelos fueron los centros de trabajo holandeses de Raphuis o las galeras. No obstante, en una acepción más contemporánea, el concepto de trabajo penitenciario emerge en el siglo XIX, con la pretensión de lograr la corrección de los internos mediante la realización de un trabajo productivo. Lo novedoso de este sistema consistió, además, en la ordenación del trabajo, en la utilización de tecnología de la época, que permitía superar el rudo trabajo manual, muy progresistas para la época, y, sobre todo la incorporación de los trabajos exteriores (preferentemente agrícolas), la remuneración por el trabajo y una progresiva privatización.

Ahora bien, una de las cuestiones más controvertidas que el trabajo penitenciario va a suscitar, a partir de entonces, radica en la propia terminología o definición de lo que se entienda por "*trabajo*", no existiendo una definición unívoca del mismo. Partiendo de la definición acuñada por Friedmann, se entiende por trabajo aquel "*conjunto de acciones que el hombre ejerce, con un fin práctico, con la ayuda de su cerebro, de sus manos, de instrumentos o de máquinas, sobre la materia, acciones que, a su vez, reaccionan sobre el hombre, o modifican*". Y en una aproximación al concepto de trabajo penitenciario, podemos concluir afirmando que aquél consiste en la actividad laboral que los internos realizan en un centro penitenciario, por iniciativa pública o privada, pero bajo el control de la Administración penitenciaria, en condiciones iguales o equivalente de derechos a los que tienen los trabajos en la sociedad libre.

8.1.1.2. Las dificultades del trabajo penitenciario

En el estudio del trabajo penitenciario se han detectado una serie de circunstancias/inconvenientes que obstaculizan su desarrollo y optimización y que se pueden agrupar en dos tipos; unas internas y otras externas. En primer lugar, entre las circunstancias que dificultan el trabajo penitenciario hay que destacar las relacionadas con la propia infraestructura de la prisión, que no permite una producción competitiva, ocasionada tanto en la inadaptación del edificio, como sobre todo en los horarios y las diversas medidas de seguridad que dificultan un horario productivo. Dentro de este primer grupo se incluyen, asimismo, las conectadas con los propios internos que la mayoría de las veces presentan una baja cualificación profesional, lo que impide la realización de un trabajo productivo.

Asimismo, representa un obstáculo para hacer competitivo el trabajo en prisiones el hecho de que las legislaciones nacionales siguán considerando al mismo no como fuente de riqueza, sino como instrumento terapéutico que insertado dentro de los programas correspondientes tiene como objetivo la resocialización del trabajador/interno. No negamos las bondades del trabajo para alcanzar la reinserción futura ya que el trabajo es no solo fuente de ingresos económicos, sino de relaciones sociales, pero al condicionar el trabajo a esos objetivos con carácter exclusivo y negar —como hacen muchas legislaciones penitenciarias— que el mismo pueda tener unos objetivos

económicos y de enriquecimiento del empresario que lo proporciona, le hace perder competividad y el sector privado pierde interés por el mismo.

En segundo término, otra de las causas que dificultan un óptimo desarrollo del trabajo penitenciario radica en su gestión pública por parte de la Administración, que añade diversas trabas burocráticas y de control al sector empresarial. Las Reglas mínimas aluden a la gestión pública del trabajo penitenciario, al disponer que "*Las industrias y granjas penitenciarias deberán preferentemente ser dirigidas por la Administración y no por contratistas privados*" (Regla 73.1) Esta dificultad llevó a algunos sistemas penitenciarios a recurrir a contratistas privados para gestionar el trabajo carcelario, originándose otros inconvenientes, tales como los posibles abusos de los trabajadores-internos por parte del empresario. En este sentido, la Organización Internacional del Trabajo en su Convención sobre el Trabajo Forzado ha proclamado el carácter público de la gestión del trabajo penitenciario, que debe ser supervisado y controlado por una autoridad pública, prohibiendo destinar al interno a asociaciones privadas, al menos que exista una supervisión y un control estatal. De este modo, "*los reclusos que se empleen en algún trabajo no fiscalizado por la administración estarán siempre bajo la vigilancia del personal penitenciario*" (Regla 73.2).

8.1.1.3. La laboralización del trabajo en prisiones

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. Es conveniente recordar que el fin de las penas y las medidas privativas de libertad son, en definitiva, proteger a la sociedad contra el crimen. Sólo se alcanzará este fin si se aprovecha el período de privación de libertad para lograr, en lo posible, que el delincuente una vez liberado no solamente quiera respetar la ley y proveer a sus necesidades, sino también que sea capaz de hacerlo.

Como han establecido diversos Convenios internacionales, "*el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los reclusos*" (artículo 10.3 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

El régimen del establecimiento debe tratar de reducir las diferencias que puedan existir entre la vida en prisión y la vida libre en cuanto éstas contribuyen a debilitar el sentido de responsabilidad del interno o el respeto a la dignidad de su persona (principio general de normalización). Por ello, es conveniente que, antes del término de la ejecución de una pena o medida, se adopten los medios necesarios para asegurar al interno un retorno progresivo a la vida en sociedad (véase Regla 60.1 de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los internos). La organización y los métodos de trabajo penitenciario deberán asemejarse lo más posible a los que se aplican a un trabajo similar

fuera del establecimiento, a fin de preparar a los internos para las condiciones normales del trabajo libre (Regla 72.1 RM). Es este objetivo el que denominamos principio de laboralización.

Para alcanzar la deseada asimilación el trabajo penitenciario se encuentra con muchos problemas, algunos de los cuales si pueden superarse o reducirse con una buena gestión, pero otros, como la duración de la pena hacen que los trabajadores no tengan la estabilidad que a veces requiere el puesto de trabajo. El diseño arquitectónico o la imposibilidad de introducir una tecnología competitiva, son algunos de los problemas que se presentan comúnmente.

La correcta asimilación del trabajo penitenciario con el que se da en la sociedad libre exige tener en cuenta los siguientes aspectos:

- Económico. S ha de procurar que el trabajo, su organización productiva y la retribución sean competitivos y equiparables al de la sociedad libre (N. 26. Normas Penitenciarias Europeas).
- Jurídico. Pese a que en muchos aspectos el trabajo penitenciario constituye una relación laboral específica, la legislación laboral común debe ser norma supletoria para su regulación.
- Social. Se trata de alcanzar no solo las coberturas de asistencia social, sino procurar que la ocupación laboral pueda tener continuidad tras la liberación.

En síntesis, la laboralización del trabajo en prisiones debe interpretarse como un subprincipio derivado del principio general de normalización reconocido en diversos Reglamentos Penitenciarios internacionales cuya finalidad persigue la construcción de la vida en prisión a semejanza de la vida en el exterior, en la medida en que sea posible.

8.1.1.4. Naturaleza jurídica

Una de las cuestiones más controvertidas que el trabajo penitenciario suscita es la relativa a la determinación de su naturaleza jurídica, siendo varias las opiniones que a este respecto se han pronunciado. Una corriente muy representativa de la ciencia penitenciaria ha defendido que esta modalidad de trabajo por cuenta ajena tiene, en cambio, una naturaleza jurídica no laboral. Esta tesis fue sostenida por el penitenciarismo positivista que concebía el trabajo penitenciario como el mejor camino para la reconstrucción ético-social del condenado. La idea del trabajo como instrumento de disciplina social alcanza su máxima expresión en el ámbito penitenciario, donde encuentra una fuerza legitimante en los fines preventivo especiales de la reeducación. Bajo este planteamiento no solo se hacían posibles programas de manipulación de la persona, sino que se encubría la explotación laboral del interno/trabajor, el cual veía burlados sus derechos económicos y sociales como trabajador. La máxima expresión de estas políticas penitenciarias se alcanza con el beneficio de la

redención de penas por el trabajo mediante el cual, al condenado se le obliga "agradecido" a recibir un salario convertido en cuotas de su propia libertad. Estas tendencias han sumido al trabajo en las prisiones en una profunda crisis de la que solo podrá salirse liberándolo de ese lastre positivista; por esa razón, somos partidarios de un trabajo en prisión competitivo con el trabajo en el exterior, para ello es necesario una previa laboralización, lo que conllevaría su sometimiento al régimen jurídico de los trabajadores en la sociedad libre y constituir, por tanto, una relación laboral de carácter especial o diversa, pero nunca degradada.

8.1.2. Principios que conforman el trabajo

Es una opinión generalmente aceptada el valor del trabajo como elemento importante y pertinente de formación y rehabilitación de los detenidos y como medio valioso de gestión operacional de los establecimientos penitenciarios, de ahí la necesidad de incrementar la función del trabajo en los regímenes penitenciarios. A este respecto, la Resolución (75) 25 del Comité de Ministros del Consejo de Europa relativa al trabajo penitenciario recomienda a los gobiernos de los Estados miembros que:

- Concedan un Estatuto definido y una prioridad determinada al trabajo penitenciario;
- Arbitren los recursos necesarios para poner en obra programas de trabajo conformes a las necesidades de las instituciones;
- Utilicen plenamente para este fin sistemas de gestión, técnicas y métodos de producción adecuados y modernos;
- Adapten las condiciones de trabajo, sus modalidades y su remuneración a las normas de fuera, en la medida de lo posible y habida cuenta de la naturaleza propia del trabajo penitenciario;
- Tengan en cuenta la importancia del trabajo y de sus implicaciones para la gestión a todos los niveles en el momento de contratar y de formar al personal;
- Coordinen los sistemas de reparto de la mano de obra con los demás aspectos de la gestión de los regímenes penitenciarios.

Entre las características que definen al trabajo penitenciario pueden citarse las siguientes:

a) Carácter no aflictivo.
   Los instrumentos jurídicos internacionales que garantizan los derechos del hombre en las prisiones y las buenas prácticas penitenciarias han prohibido, sin excepción, el carácter aflictivo del trabajo penitenciario. Esta interdicción del carácter correctivo del trabajo carcelario se deriva de las modernas teorías sobre la pena privativa de libertad, que se encaminan a restringir en la mínima medida la libertad ambulatoria del penado, sin añadir ningún elemento adicional de castigo.
   En este sentido, las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos disponen que "*El trabajo penitenciario no deberá tener carácter aflictivo*" (artículo 8.3 letras a), b) y c) i

PIDCP; artículo 23.1, 23.2 y 23.3 DUDH; artículo 6.2 y 6.3 letra a) CADH; PBP XIV inc.1. Paralelamente a esta interdicción, quedan asimismo prohibidos los trabajos forzosos, por violar el artículo 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, al establecer que "*1. Nadie podrá ser mantenido en esclavitud ni en servidumbre. 2. Nadie puede ser sometido a realizar un trabajo forzoso u obligatorio*". La Organización Internacional del Trabajo entiende por trabajo forzoso u obligatorio "*1. Todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente*…" Sin embargo, no son trabajos forzosos a los fines del presente Convenio…"*c) Todo trabajo o servicio exigido de un individuo como consecuencia de una condena pronunciada por sentencia judicial, a condición de que este trabajo o servicio sea ejecutado bajo la vigilancia y el control de las autoridades públicas y de que dicho individuo no sea cedido o puesto a disposición de particulares, Compañías o personas jurídicas de carácter privado*" (artículo 2 Convenio 25 OIT).

Por su parte, la CEDH exceptúa de tal definición *"(a) cualquier trabajo requerido normalmente de una persona sometida a la detención en las condiciones previstas en el artículo 5 del presente Convenio o durante su puesta en libertad condicional; (b) cualquier servicio de carácter militar o, en su caso, de objetores de conciencia en los países, en que la obligación de conciencia es reconocida como legítima, otro servicio en el lugar del servicio militar obligatorio; (c) cualquier servicio requerido en el caso de crisis o de calamidades que amenazan la vida o el bienestar de la comunidad; (d) cualquier trabajo o servicio que forman parte de las obligaciones cívicas normales*".

Pese a los intentos por diferenciar conceptualmente lo que sean "*trabajos forzosos*" de otras actividades laborales obligatorias totalmente acordes con los derechos de los internos, en frecuentes ocasiones se han planteado diversas demandas ante la Comisión, teniendo ésta que fallar en el sentido de su admisibilidad o no. Así, por ejemplo, la Decisión de 5 de julio de 1979, procedente de la Demanda nº 7906, D.R. nº 17, pp. 59 y ss., donde el demandante alegaba haber sido sometido a un estado de servidumbre. En esta Decisión la Comisión interpretó correctamente el término de "*servidumbre*" para diferenciarlo del de "*trabajo forzoso*". La distinción entre servidumbre y trabajo forzoso no se explicita. Sin embargo procede considerar que además de la obligación de prestar ciertos servicios a un tercero, la noción de servidumbre incluye para el "*siervo*" la obligación de vivir en la propiedad de un tercero y la imposibilidad de cambiar su condición. A este respecto, la Comisión ha considerado particularmente el artículo 1 del Convenio suplementario, relativo a la abolición de la esclavitud, adoptado por una conferencia de plenipotenciarios de las Naciones Unidas, el 7 de septiembre de 1956. "*El trabajo requerido normalmente de una persona sometida a la detención en las condiciones previstas en el artículo 5 no se considera trabajo forzoso. A fortiori, no puede considerarse como una forma de servidumbre*".

En el marco normativo americano, el artículo 6 de la CADH prohíbe expresamente la esclavitud y la servidumbre en los siguientes términos: "*Nadie debe ser constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio. En los países donde ciertos delitos tengan señalada pena privativa de la libertad acompañada de trabajos forzosos, esta*

disposición no podrá ser interpretada en el sentido de que prohíbe el cumplimiento de dicha pena impuesta por juez o tribunal competente. El trabajo forzoso no debe afectar a la dignidad ni a la capacidad física e intelectual del recluido (artículo 6)". De esta definición deben exceptuarse, por no constituir trabajo forzoso u obligatorio:
"Los trabajos o servicios que se exijan normalmente de una persona recluida en cumplimiento de una sentencia o resolución formal dictada por la autoridad judicial competente. Tales trabajos o servicios deberán realizarse bajo la vigilancia y control de las autoridades públicas, y los individuos que los efectúen no serán puestos a disposición de particulares, compañías o personas jurídicas de carácter privado (…)" (artículo 6).
En aras de reforzar la interdicción del trabajo penitenciario como castigo, el Convenio 105 de la OIT exige, expresamente, a los Estados partes que han ratificado en Convenio la adopción de medidas dirigidas a abolir el trabajo forzoso. Las anteriores declaraciones reconocidas en los instrumentos internacionales referidos han sido igualmente reconocidas en el contexto americano, singularmente en la CADH (San José de Costa Rica, 22 noviembre 1969) *"… En ningún caso el trabajo tendrá carácter aflictivo"* (Principio XIV).

b) Respetuoso con la dignidad del interno.
Una segunda característica inherente al trabajo penitencio es su respeto a la dignidad del interno. Al principio de este capítulo hemos comentado que la Segunda Guerra Mundial supuesto un hito crucial en la política penitenciaria, considerando a las personas privadas de libertad como sujetos plenos de derechos, entre los que cabe incluir el derecho al trabajo (Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos, Principio 5. "*Con excepción de las limitaciones que sean evidentemente necesarias por el hecho del encarcelamiento, todos los reclusos seguirán gozando de los derechos humanos y las libertades fundamentales […])*"
Entre los Principios Generales de las Buenas Prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas, se declara que "*toda persona privada de libertad que esté sujeta a la jurisdicción de cualquiera de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos será tratada humanamente, con irrestricto respeto a su dignidad inherente, a sus derechos y garantías fundamentales, y con estricto apego a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos*" (Principio 1).
La concreta prohibición de los trabajos forzosos enlaza con este carácter de respeto a la dignidad del interno, como ha expresado el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos cuyo artículo 7 dispone que "*nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes*" (véanse, en este sentido artículo 93 letra h) CPP; Artículo 5 DUDH; Artículo 5.2 CADH; artículo 1 y 2.1 CTCID; Artículos 1 y 2 CIPST; Principio 6). Asimismo, el artículo 10 del citado PIDCP establece que "*toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano*".

c) Correspondencia con la "*aptitud física y mental*" del detenido.
Una tercera característica del trabajo penitenciario, según disponen diversos Convenios Internacionales sobre los derechos de los reclusos, es su "*obligación de trabajar habida cuenta de su aptitud física y mental, según al determine el médico*" (R.

71.1 Reglas Mínimas). El respeto por este principio de correspondencia entre el trabajo y las capacidades personales del trabajador/interno tiene una especial relevancia en relación con los condenados a medidas de seguridad por haber sido declarados inimputables, aunque para ellos el trabajo se inserta en los programas terapéuticos, el sistema penitenciario debe evitar que se discrimine laboralmente a este grupo, proveyendo, además, en todos los establecimientos una cuota proporcional para discapacitados.

d) Suficiente y productivo.

Las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos han perfilado los rasgos que debe revestir el trabajo penitenciario, añadiendo a los anteriores requisitos que sea "*Suficiente para ocuparlos durante la duración normal de una jornada de trabajo*" (Regla 71.1 RM). Esta declaración es perfectamente compatible con la finalidad que debe cumplir el tratamiento penitenciario, encaminado a preparar al interno para su vida en el exterior. Además, la carencia de ocupaciones y un excesivo disfrute del tiempo libre son, en ocasiones, factores que favorecen la comisión de delitos y la proliferación de las mafias carcelarias.

e) Formativo y resocializador.

En el catálogo de Principios básicos para el tratamiento de los reclusos (Adoptados y proclamados por la Asamblea General en su resolución 45/111, de 14 de diciembre de 1990) se establece la creación de "*condiciones que permitan a los reclusos realizar actividades laborales remuneradas y útiles que faciliten su reinserción en el mercado laboral del país y les permitan contribuir al sustento económico de su familia y al suyo propio*" (principio 8) (Concordancias art 19 nº6 CPR, arts. 60, 61, 63, 64 inciso final y 105 RP; art. 71.3, 71.4, 71.5 RM).

A este respecto, y en la medida de lo posible, el trabajo penitenciario deberá contribuir por su naturaleza a mantener o aumentar la capacidad del recluso para ganarse honradamente su vida después de su liberación. En aras de cumplir esta pretensión, se dará formación profesional en algún oficio útil a los reclusos que estén en condiciones de aprovechamiento, y particularmente, a los jóvenes (Regla 71.4 y 5 RM).

f) Facilitado por la Administración.

Las industrias y granjas penitenciarias deberán ser dirigidas por la Administración y no por contratistas privados. Incluso, los reclusos que se empleen en algún trabajo no fiscalizado por la Administración estarán siempre bajo la vigilancia del personal penitenciario (Regla 73.1 RM).

g) Remunerado.

Si hemos partido de la consideración del trabajo penitenciario como una relación laboral de carácter especial, en definitiva una relación jurídica laboral, originada por la existencia de un contrato de trabajo entre dos sujetos: un trabajador-interno, que se compromete a prestar un servicio, y un empleador o empresario, que se obliga a retribuir a aquél un salario. Conforme con ello, "*el trabajo de los reclusos deberá ser remunerado de una manera equitativa. El reglamento permitirá a los reclusos que utilicen, por lo menos, una parte de su remuneración para adquirir objetos destinados a su uso personal y que envíen otra parte a su familia. El reglamento deberá*

igualmente prever que la administración reserve una parte de la remuneración a fin de constituir un fondo que será entregado al recluso al ser puesto en libertad" (Regla 76.1. 2 y 3 RM). (Véanse asimismo, Artículo 8.3 letras a), b) y c) PIDCP; artículo 23.1, 2 y 3 DUDH; artículo 6.2 y 6.3 lera a) CADH; artículo 2.2 letra c) Convenio 29 OIT).

8.1.2.1. Alcance del derecho y el deber de trabajar de los internos

Genéricamente considerado, el derecho al trabajo es un principio reconocido universalmente por la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuyo artículo 23 proclama que "*Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo*".

Derivando de un plano general, al plano particular del trabajo en las prisiones, el trabajo penitenciario constituye un derecho-deber para las personas privadas de libertad en un establecimiento penitenciario. La prohibición del carácter disciplinario del trabajo, analizada en los apartados anteriores, ha sido expresamente reconocida en varios instrumentos jurídicos internacionales, en virtud de su lesividad a la dignidad de la persona. Es el caso, por ejemplo, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos ("*Nadie será constreñido a realizar un trabajo forzoso u obligatorio*" [artículo 8.3.a]) y la Convención de la Organización Internacional del Trabajo (artículo 1, a). Corresponde abordar el alcance del trabajo como derecho, que invocan muchos legisladores —incluso a nivel constitucional—.

La mayoría de los textos internacionales convienen en considerar el trabajo como un derecho de los privados de libertad, así, por ejemplo, los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas reconocen que "*toda persona privada de libertad tendrá derecho a trabajar, a tener oportunidades efectivas de trabajo, y a recibir una remuneración adecuada y equitativa por ello, de acuerdo con sus capacidades físicas y mentales, a fin de promover la reforma, rehabilitación y readaptación social de los condenados, estimular e incentivar la cultura del trabajo, y combatir el ocio en los lugares de privación de libertad*" (Principio XIV). Si tomamos esta declaración en un sentido estricto estamos expresamente reconocimiento que los internos pueden dirigirse a la instancia correspondiente exigiendo un puesto de trabajo y que, en caso de no ser atendidos, tendrán derecho, las correspondientes indemnizaciones. Semejante compromiso es, sencillamente, inasumible por la mayoría de los sistemas penitenciarios del mundo. Los intentos por alcanzar la ocupación total han fracasado siempre porque no se han logrado o porque solo se pudieron mantener durante un corto espacio de tiempo.

En su lugar, el pretendido derecho al trabajo ha sido interpretado en un doble sentido, como una directriz de política penitenciaria, como un compromiso del Estado de asegurar que estas propicien la ocupación laboral dentro de las prisiones y, por otra parte, como un compromiso de las autoridades de cada centro de no obstaculizar el acceso al trabajo de los internos en la medida de lo posible. Aunque tampoco con esta inter-

pretación "descafeinada" que reduce el derecho a trabajar a un compromiso programático de política penitenciaria se han logrado mayores avances. A pesar de la claridad de los textos, incluso, de los textos legales nacionales, y de los beneficios que aporta, la mayoría de los países tienen sumido en un abandono los esfuerzos por alcanzar la plena ocupación de los condenados.

8.1.2.2. Otros derechos de los internos-trabajadores

Además del derecho-deber que supone el trabajo penitenciario, los internos-trabajadores tienen la posibilidad de participar en actividades de formación laboral o profesional destinadas al desarrollo total de la personalidad humana (Principio 6 Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos). Esta opción ha sido desarrollada por las Reglas Mínimas, al reconocer que "*se tomarán disposiciones para mejorar la instrucción de todos los reclusos capaces de aprovecharla, incluso la instrucción religiosa en los países en los que esto sea posible. La instrucción de los analfabetos y la de los reclusos jóvenes será obligatoria y la administración deberá prestarle particular atención*" (Regla 77.1).

La instrucción de los internos deberá "*coordinarse, en cuanto sea posible, con el sistema de instrucción pública a fin de que al ser puestos en libertad puedan continuar sin dificultad su preparación*" (Regla 77.2).

Finalmente, las Reglas Mínimas para una buena práctica penitenciaria reconocen que a los trabajadores penitenciarios debe asegurársele el derecho a la seguridad e higiene. Conforme con ello, la Regla 74 RM dispone que "*En los establecimientos penitenciarios se tomarán las mismas precauciones prescritas para proteger la seguridad y la salud de los trabajadores libres. Se tomarán disposiciones para indemnizar a los reclusos por los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, en condiciones similares a las que la ley dispone para los trabajadores libres*".

8.1.3 Diferentes tipos de trabajo en prisiones

8.1.3.1. El trabajo por cuenta ajena

Como hemos indicado en la introducción de este capítulo, todos los internos seguirán gozando de los derechos humanos y las libertades fundamentales consagrados en la DUDH y, cuando el Estado de que se trate sea parte, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo, así como en los demás derechos estipulados en otros instrumentos de las Naciones Unidas. De esta regla se exceptúan las limitaciones que sean necesarias por el hecho del encarcelamiento (vid. Artículos 2,5 inciso 2 y 75 RP; art. 2 PIDCP; art. 2.1 DUDH; Principio 3.

En este contexto, el principio 6 de los Principios Básicos para el tratamiento de los Reclusos disponen la necesidad de crear condiciones que permitan a los internos realizar actividades laborales remuneradas y útiles que faciliten su reinserción en el mercado

laboral del país y les permitan contribuir al sustento económico de su familia y al suyo propio (vid artículo 71.3, 71.4 y 71.5 RM).

8.1.3.2. Las prestaciones personales obligatorias

El concepto de prestaciones personales obligatorias es utilizado con frecuencia por las administraciones penitenciarias de forma abusiva para economizar recursos. Se entiende bajo este concepto aquellas prestaciones que se realizan por imposición legal o exigencia pública y que están excluidas del ámbito de aplicación de la normativa laboral bien, por ser obligatorias o, bien, por no ser retribuidas o, por ambas cosas a la vez. Las prestaciones personales obligatorias no pueden considerarse como trabajo forzado en la medida que son cuotas de participación en una actividad de mantenimiento del centro imprescindibles para la propia ejecución de la pena.

A modo de ejemplo forman parte de este grupo las siguientes prestaciones:

a) Las de formación profesional, a las que la Administración dará carácter preferente;
b) Las dedicadas al estudio y formación académicas;
c) Las de producción en régimen laboral o mediante fórmulas cooperativas o similares, de acuerdo con la legislación vigente;
d) Las ocupacionales que formen parte de un tratamiento;
e) Las prestaciones personales en servicios auxiliares comunes del establecimiento;
f) Las artesanales, intelectuales y artísticas.

De todas ellas son las que se exigen como servicios auxiliares comunes del establecimiento las que plantean más conflictos y dudas. Los internos están obligados, de forma no retributiva, a ocuparse de la limpieza y el mantenimiento de las dependencias en donde desarrollan sus actividades personales (celdas, servicios de aseo o pasillos). Más dudoso es la inclusión dentro de este concepto de la limpieza de las zonas comunes (patios, comedores, zona de comunicaciones y visitas o instalaciones deportivas o sanitarias); ahora bien, resulta un abuso considerar que también la limpieza de los exteriores y las oficinas o despachos del establecimiento forman parte de las prestaciones personales obligatorias. El mantenimiento de estas últimas cuando es asumido por la propia población penitenciaria debe ser considerado a todos los efectos como ocupación laboral.

8.1.4. Organización del trabajo

Si el trabajo penitenciario debe orientarse a la reinserción del penado en la sociedad, suponiendo una preparación para su salida durante el tiempo de la reclusión, su organización y métodos deberán asemejarse lo más posible a los que se aplican a un trabajo similar fuera del establecimiento, a fin de habilitar a los internos para las condiciones normales de la vida libre. Sin embargo, los legisladores coinciden en destacar que el interés de los internos y de su formación profesional no quedará subordinado al deseo de lograr beneficios pecuniarios de una industria penitenciaria

(Regla 72.1). Esta declaración debe ser interpretada en el contexto del sentido que tiene en la sociedad actual el trabajo por cuenta ajena. El trabajo en prisión, en tanto en cuanto no está impuesto, ni se entiende como castigo podrá compatibilizarse con el legítimo empeño del empresario en lograr rendimiento económico.

Otra cuestión distinta es evitar la explotación del trabajador por su condición de interno, aprovechando una mayor docilidad laboral por la presión del régimen penitenciario. En aras de evitar la especulación y el beneficio para los empresarios privados, se exige que las industrias y granjas penitenciarias sean dirigidas por la administración y no por contratistas privados. En esta organización, los internos que se empleen en algún trabajo no fiscalizado por la administración estarán siempre bajo la vigilancia del personal penitenciario. A menos que el trabajo se haga para otras dependencias del gobierno, las personas para las cuales se efectúe pagarán a la administración el salario normal exigible por dicho trabajo teniendo en cuenta el rendimiento del interno (Regla 73.1). Finalmente, los internos gozarán de las mismas reglas de seguridad e higiene que en el trabajo desarrollado fuera de los establecimientos penitenciarios por los trabajadores libres.

8.1.5. Condiciones laborales del trabajador-interno

Partiendo del principio de laboralización del trabajo penitenciario y la pretensión de asemejar la organización de la actividad laboral desarrollada en la prisión con la que tiene lugar en el exterior, se posibilita que la ley o un reglamento administrativo fije el número máximo de horas de trabajo para los internos por día y por semana, teniendo en cuenta los reglamentos o los usos locales seguidos con respecto al empleo de los trabajadores libres (Regla 75. 1 RM).

Con relación a las horas así fijadas, deberán dejar un día de descanso por semana y tiempo suficiente para la instrucción y otras actividades previstas para el tratamiento y readaptación del interno (Regla 75.2 RM).

8.1.5.1. Adjudicación de los puestos de trabajo

La selección de los internos que van a ocupar un puesto de trabajo dentro del establecimiento apenas ha merecido la atención para la ciencia penitenciaria, a pesar de constituir uno de los aspectos más trascendentales dentro de la prisión. La posibilidad de trabajar constituye un auténtico privilegio. No solo por la eventualidad de poder obtener una retribución económica y por la posibilidad de acceder a algunos beneficios penitenciarios asociados a buen comportamiento laboral, sino también, porque los estudios demuestran que los internos/trabajadores están menos prisionalizados que los desempleados. El trabajo permite estar insertos en una problemática similar a la que se tiene en la sociedad libre y evita la prolongada estadía en los patios.

Así que la adjudicación presenta dos cuestiones distintas. Una primera, de menor importancia, que garantiza siempre la voluntad del interno para acceder a un puesto de

trabajo. El doble carácter de derecho-deber que reviste el trabajo penitenciario posibilita que dentro de los límites compatibles con una selección profesional basada tanto en la racionalidad, como en las exigencias de la administración y la disciplina penitenciaria, los internos gozarán de la posibilidad de elegir la clase de trabajo que deseen realizar (Regla 71.6 RM).

En segundo lugar, se trata de establecer unos rangos de acceso a los puestos de trabajo. Teniendo en cuenta que se trata de un bien escaso, es este el problema que debe ser abordado con atención. Aunque algunas legislaciones se pronuncian al respecto, en la mayoría de los casos no hay criterios de distribución de los puestos de trabajo. Lo que supone un privilegio, que puede ser empleado arbitrariamente por la Administración. El vacío legal es, pues, un riesgo que debe evitarse. No vemos inconveniente en que la ocupación laboral pueda constituir una recompensa, siempre que responda a la regulación legal, sin embargo, no compartimos la opinión de quienes hacen valer la condición de penado frente a la de preventivo en el momento de distribuir el trabajo. El trabajo penitenciario es una riqueza promocionada, por mandato legal, que se encuentra comprometida a diseñar las políticas penitenciarias con este objetivo. Ese compromiso debe favorecer por igual a todos aquellos que sufren privación de libertad, con independencia de su condición procesal.

8.1.5.2. Interrupción, suspensión y extinción de la relación laboral

Como hemos indicado supra, el trabajo penitenciario reviste una naturaleza de relación laboral de carácter especial, que podrá interrumpirse, suspenderse y extinguirse.

La suspensión supone la disolución de la relación laboral entablada entre trabajador-interno y empleador, exonerando a ambas partes de las obligaciones contraídas, esto es, el trabajador-interno quedará exonerado de prestar un servicio, y el empleador no estará obligado a remunerarlo por la actividad desempeñada. Entre las causas que conllevan la suspensión pueden distinguirse unas de carácter general, comunes con cualquier relación laboral, y otras particulares, inherentes al ámbito penitenciario.

En primer lugar, entre las causas generales, cabe señalar: el mutuo acuerdo de las partes; la incapacidad temporal del trabajador; la maternidad y la fuerza mayor temporal. Entre las causas particulares, inherentes al Derecho penitenciario, pueden citarse el cumplimiento de sanciones disciplinarias; razones de tratamiento y los traslados de internos.

Con respecto a la extinción de la relación laboral, ésta se producirá cuando concurran alguna de las siguientes causas: cumplimiento de sanciones disciplinarias (suspensión de empleo y sueldo); razones de tratamiento y traslado de internos. Mutuo acuerdo de las partes, terminación de la obra o servicio; ineptitud del trabajador-interno; muerte, gran invalidez permanente, total o absoluta; jubilación; fuerza mayor; renuncia del trabajador; falta de adaptación. Además de estas causas genéricas, la extinción del trabajo penitenciario también puede producirse por

la concurrencia de causas específicas, inherentes al Derecho penitenciario, entre las que cabe referirse a la excarcelación; la contratación con empresas externas (internos en tercer grado); traslados; incumplimiento de los deberes laborales básicos.

8.1.5.3. Los derechos políticos de los internos/trabajadores

Otra cuestión de difícil solución es determinar qué derechos políticos de los que gozan los trabajadores de la sociedad libre, pueden ser ejercidos por los internos. La respuesta a este problema arranca del reconocimiento de los derechos civiles de estos en igualdad de condiciones, salvo en lo que sea incompatible con la privación de libertad. El tema se ha planteado en relación con el derecho a la sindicación y el derecho a la huelga. El primero, no parece que pueda ser prohibido al interno; incluso, las correspondientes comunicaciones con el sindicato o las reuniones sindicales tienen que ser permitidas por el centro.

El derecho a la huelga es un derecho constitucional consustancial con la condición de trabajador por cuenta ajena y los internos, lo son. Sin embargo, deben tenerse en cuenta a la hora de permitir el ejercicio del mismo las dos siguientes circunstancias: la primera, que la responsabilidad de la gestión del trabajo aun cuando sea proveído por un empresario– corresponde a la Administración, luego, muchos de las reivindicaciones de los trabajadores pueden tener como destinatario esta y no aquel. Cuando se trate de un problema con la Administración penitenciaria deben emplearse los medios legales previstos para presentar peticiones o quejas. Por otra parte, cuando la posible interrupción del trabajo como medio de reivindicación de determinadas condiciones laborales sea imposible con las exigencias de seguridad y convivencia ordenada, cederá aquel derecho frente a este.

8.2. Estudio jurídico. Argentina

8.2.1 Principios que informan la actividad laboral penitenciaria y de formación profesional

No hay dudas que el trabajo es uno de los pilares fundamentales en que se basa el tratamiento penitenciario, a partir del que, con posterioridad de su liberación, se medirá el grado de reinserción social.

En la Memoria Explicativa de la *Guía Regional para la Defensa Pública y la Protección integral de las Personas Privadas de la Libertad,* con razón se sostuvo que:

> *"El trabajo es un derecho fundamental porque se trata de una actividad indispensable mediante la cual se posibilita obtener todo aquello que la persona necesita para vivir de manera digna, para realizar su particular proyecto de vida y para contribuir a la construcción del bien común y de un orden social solidario.*

La naturaleza del trabajo que las personas privadas de libertad desarrollan en el ámbito penitenciario, participa plenamente de los rasgos señalados. Tales rasgos sirven, a su vez, como marco de referencia para identificar las notas distintivas propias del trabajo carcelario. Se reconoce, también, como trabajo remunerado aquel que, con arreglo a la legislación nacional, opere como medio de reducción y/o redención de pena.

Todos los textos internacionales se hacen eco de que ***las personas privadas de libertad tienen derecho a un trabajo productivo, remunerado, en condiciones justas y dignas, y que no tenga carácter aflictivo****. Los Estados están obligados a desarrollar planes y programas de trabajo orientados a facilitar a las personas privadas de libertad las herramientas y habilidades necesarias para cuando salgan en libertad. Las personas privadas de libertad no deben ser sometidas a condiciones de explotación laboral, ni ser utilizadas como mano de obra barata"*[106].

De acuerdo a la LEP (art. 106), "*el trabajo constituye un derecho y un deber del interno*". Por su parte, el art. 107 establece que el trabajo en la cárcel tiene como objetivo generar formación, capacitando a la persona para desempeñarse en el mundo libre y teniendo en cuenta las demandas del mercado laboral. A su vez deberá respetar la legislación laboral y de seguridad social vigente lo que muchas veces trae problemas toda vez que las aseguradoras de riesgo de trabajo, en la práctica, no permiten un funcionamiento igual al medio libre.

Los principios generales del trabajo están enunciados en los arts. 106 al 113 de la LEP, los que en líneas generales hacen referencia a que el trabajo constituye un derecho y un deber para el interno. Por tanto, no se puede imponer como castigo ni puede ser denigrante ni forzado, sino que debe tener como finalidad la formación y capacitación del privado de su libertad para que pueda desempeñarse en el medio libre. Como todo trabajo debe ser remunerado y estará basado en criterios pedagógicos y psicotécnicos. La negativa injustificada a trabajar será considerada una falta media e incidirá desfavorablemente en el concepto.

Instrumentos Internacionales que regulan la materia

A continuación, se menciona una serie de instrumentos internacionales que contemplan la actividad laboral. A saber:

DADH

En el art. XIV determina que: "*Toda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas y a seguir libremente su vocación, en cuanto lo permitan las oportunidades existentes de empleo. Toda persona que trabaja tiene derecho de recibir una remuneración que, en relación con su capacidad y destreza le asegure un nivel de vida conveniente para sí misma y su familia".*

106. Memoria Explicativa de la Guía Regional para la Defensa Pública y la Protección Integral de las personas privadas de libertad, página 60.

Principios y Buenas Prácticas

El Principio XIV indica: "*Toda persona privada de libertad tendrá derecho a trabajar, a tener oportunidades efectivas de trabajo, y a recibir una remuneración adecuada y equitativa por ello, de acuerdo con sus capacidades físicas y mentales, a fin de promover la reforma, rehabilitación y readaptación social de los condenados, estimular e incentivar la cultura del trabajo, y combatir el ocio en los lugares de privación de libertad. En ningún caso el trabajo tendrá carácter aflictivo. Los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos deberán aplicar a los niños y niñas privados de libertad todas las normas nacionales e internacionales de protección vigentes en materia de trabajo infantil, a fin de evitar, particularmente, la explotación laboral y garantizar el interés superior de la niñez Los Estados Miembros promoverán en los lugares de privación de libertad, de manera progresiva y según la máxima disponibilidad de sus recursos, la orientación vocacional y el desarrollo de proyectos de capacitación técnico-profesional; y garantizarán el establecimiento de talleres laborales permanentes, suficientes y adecuados, para lo cual fomentarán la participación y cooperación de la sociedad y de la empresa privada".*

CADH

En el Art.6 determina: "1. Nadie puede ser sometido a esclavitud o servidumbre, y tanto éstas, como la trata de esclavos y la trata de mujeres están prohibidas en todas sus formas. 2. Nadie debe ser constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio. En los países donde ciertos delitos tengan señalada pena privativa de la libertad acompañada de trabajos forzosos, esta disposición no podrá ser interpretada en el sentido de que prohíbe el cumplimiento de dicha pena impuesta por juez o tribunal competente. El trabajo forzoso no debe afectar a la dignidad ni a la capacidad física e intelectual del recluido. 3. No constituyen trabajo forzoso u obligatorio, para los efectos de este art.: a. los trabajos o servicios que se exijan normalmente de una persona recluida en cumplimiento de una sentencia o resolución formal dictada por la autoridad judicial competente. Tales trabajos o servicios deberán realizarse bajo la vigilancia y control de las autoridades públicas, y los individuos que los efectúen no serán puestos a disposición de particulares, compañías o personas jurídicas de carácter privado; b. el servicio militar y, en los países donde se admite exención por razones de conciencia, el servicio nacional que la ley establezca en lugar de aquél; c. el servicio impuesto en casos de peligro o calamidad que amenace la existencia o el bienestar de la comunidad, y d. el trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales".

PIDCyP

El art. 8.3.a prohíbe cualquier tipo de explotación laboral y trabajo forzoso.

Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos

El Principio 8 indica: "*Se crearán condiciones que permitan a los reclusos realizar actividades laborales remuneradas y útiles que faciliten su reinserción en el mercado laboral del país y les permitan contribuir al sustento económico de su familia y al suyo propio".*

RMTR

La Regla 71 indica: "*1) El trabajo penitenciario no deberá tener carácter aflictivo. 2) Todos los condenados serán sometidos a la obligación de trabajar habida cuenta de su aptitud física y mental, según la determine el médico. 3) Se proporcionará a los reclusos un trabajo productivo, suficiente para ocuparlos durante la duración normal de una jornada de trabajo. 4) En la medida de lo posible, ese trabajo deberá contribuir por su naturaleza a mantener o aumentar la capacidad del recluso para ganar honradamente su vida después de su liberación. 5) Se dará formación profesional en algún oficio útil a los reclusos que estén en condiciones de aprovecharla, particularmente a los jóvenes. 6) Dentro de los límites compatibles con una selección profesional racional y con las exigencias de la administración y la disciplina penitenciarias, los reclusos podrán escoger la clase de trabajo que deseen realizar".*

La Regla 72 establece que: "1) La organización y los métodos de trabajo penitenciario deberán asemejarse lo más posible a los que se aplican a un trabajo similar fuera del establecimiento, a fin de preparar a los reclusos para las condiciones normales del trabajo libre. 2) Sin embargo, el interés de los reclusos y de su formación profesional no deberán quedar subordinados al deseo de lograr beneficios pecuniarios de una industria penitenciaria".

La Regla 73 expresa: *"1) Las industrias y granjas penitenciarias deberán preferentemente ser dirigidas por la administración y no por contratistas privados. 2) Los reclusos que se empleen en algún trabajo no fiscalizado por la administración estarán siempre bajo la vigilancia del personal penitenciario. A menos que el trabajo se haga para otras dependencias del gobierno, las personas para las cuales se efectúe pagarán a la administración el salario normal exigible por dicho trabajo teniendo en cuenta el rendimiento del recluso*".

La regla 74 indica: "*1) En los establecimientos penitenciarios se tomarán las mismas precauciones prescritas para proteger la seguridad y la salud de los trabajadores libres. 2) Se tomarán disposiciones para indemnizar a los reclusos por los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, en condiciones similares a las que la ley dispone para los trabajadores libres".*

La Regla 75 indica: "*1) La ley o un reglamento administrativo fijará el número máximo de horas de trabajo para los reclusos por día y por semana, teniendo en cuenta los reglamentos o los usos locales seguidos con respecto al empleo de los trabajadores libres. 2) Las horas así fijadas deberán dejar un día de descanso por semana y tiempo suficiente*

para la instrucción y otras actividades previstas para el tratamiento y la readaptación del recluso".

La Regla 76 determina: "*1) El trabajo de los reclusos deberá ser remunerado de una manera equitativa. 2) El reglamento permitirá a los reclusos que utilicen, por lo menos, una parte de su remuneración para adquirir objetos destinados a su uso personal y que envíen otra parte a su familia. 3) El reglamento deberá igualmente prever que la administración reserve una parte de la remuneración a fin de constituir un fondo que será entregado al recluso al ser puesto en libertad*".

Declaración de San José

En el Principio I.1 se indica: "*Las personas privadas de libertad tienen derecho a participar en una variedad de ocupaciones que les sean útiles y les permitan adquirir conocimientos y capacidades que puedan usar en su regreso al medio libre, así como durante su estancia en prisión".*

En el Principio I.2: "*Las autoridades penitenciarias deben promover aquellas condiciones que permitan mejorar las oportunidades por parte de las personas privadas de libertad para acceder a un trabajo una vez recuperada la libertad".*

En el Principio I.4 menciona: "*No deben hacerse distinciones por razones de género en el tipo de trabajo propuesto, salvo aquellas acciones destinadas a mejorar la situación de las mujeres y otros grupos vulnerables. Los hombres y las mujeres deben tener las mismas oportunidades de acceso al trabajo y percibir idéntica remuneración".*

En el Principio I.6 menciona que "*Las autoridades penitenciarias deben proporcionar capacitación profesional y técnica a las personas privadas de libertad, con una especial atención a las mujeres, jóvenes y colectivos en situación de especial vulnerabilidad*".

CEDAW

En su Art. 11.1.b) reconoce el derecho a las mismas oportunidades de empleo, inclusive a la aplicación de los mismos criterios de selección de cuestiones de empleo.

CDN

En su Art. 32 establece que: "*1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social…"*

Protocolo Adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador"

En el Art. 6 establece: "*1. Toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada. 2. Los Estados partes se comprometen a adoptar las medidas que garanticen plena efectividad al derecho al trabajo, en especial las referidas al logro del pleno empleo, a la orientación vocacional y al desarrollo de proyectos de capacitación técnico-profesional, particularmente aquellos destinados a los minusválidos. Los Estados partes se comprometen también a ejecutar y a fortalecer programas que coadyuven a una adecuada atención familiar, encaminados a que la mujer pueda contar con una efectiva posibilidad de ejercer el derecho al trabajo".*

Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad

En el punto III.b vinculado a los Menores detenidos o en prisión preventiva determina: *"(…) Cuando sea posible, deberá darse a los menores la oportunidad de efectuar un trabajo remunerado y de proseguir sus estudios o capacitación, pero no serán obligados a hacerlo. En ningún caso se mantendrá la detención por razones de trabajo, de estudios o de capacitación…"*

Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad

Instrumentos Nacionales

CN

El art. 14 determina: "*Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes **derechos** conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de **trabajar** y ejercer toda industria lícita…"*

El art. 14 bis: "*El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor, jornada limitada; descanso y vacaciones pagados; retribución justa; **salario mínimo vital móvil**…*"

LEP

Art. 5: "*El tratamiento del condenado deberá ser programado e individualizado y obligatorio respecto de las normas que regulan la convivencia, la disciplina y el trabajo...*"

En materia de **recompensas** se determina en el art. 105: "*Los actos del interno que demuestren buena conducta, espíritu de trabajo, voluntad en el aprendizaje y sentido de responsabilidad en el comportamiento personal y en las actividades organizadas del establecimiento, serán estimulados mediante un sistema de recompensas reglamentariamente determinado".*

Es necesario destacar que la situación general de detención se extiende a las condiciones de trabajo, extremo que genera, en síntesis, algunos de los siguientes problemas:

- Falta de afectación laboral, a pesar de ser un derecho,
- Ausencia de criterios objetivos para el otorgamiento de tareas,
- Tareas que no resultan totalmente útiles en cuanto al carácter formativo, a pesar de ser un requisito exigido por la ley que regula al trabajo en contexto de encierro,
- Inexistencia de medidas de seguridad e higiene, a pesar que resulta de aplicación a las relaciones laborales de los internos la ley 19.587 de Seguridad e Higiene en el Trabajo,
- Ausencia de cobertura frente a riesgos del trabajo,
- Pago de salarios inferiores al salario mínimo, vital y móvil,
- Limitación de la disponibilidad del salario por parte del interno con fundamento en el fondo de reserva,
- Demoras en el pago de las sumas correspondientes a la porción de disponibilidad del fondo propio,
- Dificultades en la subsistencia de los internos como consecuencia de la falta o insuficiencia del salario,
- Ausencia de pago de las asignaciones familiares establecidas por la ley 24.714,
- Falta de acceso a una Obra Social de las previstas por la ley 23.660,
- Falta de inserción laboral real, oportuna y efectiva al momento de la recuperación de la libertad ambulatoria.

En todos y cada uno de estas situaciones, será imprescindible la presentación de diferentes acciones judiciales tendientes a hacer valer el trabajo como parte del tratamiento penitenciario, y, por ello, como parte fundamental para lograr la reinserción social del interno.

8.2.2. Reclusos autorizados a trabajar

De acuerdo a la normativa que rige en nuestro país, todas las personas que se encuentren privadas de libertad tienen derecho a continuar ejerciendo los demás derechos que, constitucionalmente, les corresponde. Entre ellos, el de poder trabajar. Obviamente estarán sujetos a determinadas "*ofertas laborales*" que serán las brindadas por el organismo administrativo correspondiente, pero todos los alojados en la órbita del SPF tienen derecho a trabajar.

En la ***"Guía Regional para la Defensa Pública y la Protección integral de las personas privadas de libertad"*** de AIDEF, en el punto 12.10 desarrolla el derecho a un trabajo productivo y remunerado, se indica lo siguiente: "*Todas las personas privadas de libertad tienen derecho a un trabajo productivo, remunerado, en condiciones justas y dignas, y que no tenga carácter aflictivo. Conforme a los instrumentos internacionales está prohibido cualquier tipo de explotación laboral y trabajo forzoso. Se reconoce, también, como*

trabajo remunerado aquel que, con arreglo a la legislación nacional, opere como medio de reducción y/o redención de pena.

(118) Los/las defensores/as exigirán que tanto los hombres como las mujeres tengan las mismas posibilidades de acceso al trabajo, sin que se establezcan restricciones o limitaciones por razones de género.

(119) Promoverán que las autoridades responsables de los centros de detención proporcionan capacitación profesional y técnica a las personas privadas de libertad, con una especial atención a las mujeres, jóvenes y colectivos en situación de especial vulnerabilidad".

8.2.3 Vacantes laborales y modalidades y organización de la actividad laboral penitenciaria

En lo que respecta a la organización del trabajo, los detenidos que realizan actividades laborales tiene como único empleador al Ente de Cooperación Técnica y Financiera del Servicio Penitenciario Federal (ENCOPE).

La LEP determina:

Art. 117: "*La organización del trabajo penitenciario, sus métodos, modalidades, jornadas de labor, horarios, medidas preventivas de higiene y seguridad, atenderán a las exigencias técnicas y a las normas establecidas en la legislación inherente al trabajo libre*".

Art. 118: "*La administración velará para que las tareas laborales se coordinen con los horarios destinados a otros aspectos del tratamiento del interno*".

Art. 119: "*El trabajo y la producción podrán organizarse por administración, bajo las formas de ente descentralizado, empresa mixta o privada, por cuenta propia del interno o mediante sistema cooperativo. En cualquiera de esas modalidades la administración ejercerá la supervisión de la actividad del interno en lo concerniente al tratamiento.*

Un reglamento especial establecerá las normas regulatorias de los aspectos vinculados a la organización, funcionamiento, supervisión y evaluación de los entes oficiales, mixtos, privados o cooperativos. Las utilidades materiales percibidas por la administración penitenciaria se emplearán exclusivamente en obras y servicios relacionados con el tratamiento de los internos".

Siguiendo con el desarrollo de algunos de los problemas que se advierten en materia de trabajo para la persona privada de libertad, cabe mencionar que muchas veces esta tiene dificultades para lograr ser afectada a tareas laborales. Obviamente ello se debe a la deficiencia en materia de organización del sistema de boletas para audiencias o bien, en varias ocasiones se puede observar cierta arbitrariedad al momento de elegir

qué tareas podrá desarrollar una persona. La arbitrariedad se convierte en regla cuando ello sucede. Otro de los temas que se puede mencionar, es que no existe aún un régimen de estabilidad laboral, tampoco se puede afiliar a una obra social (ni el detenido ni sus familiares). No se les permite cobrar asignaciones familiares si buscan trabajar en el establecimiento y en varias ocasiones, no se encuentran dadas las condiciones mínimas de seguridad para el desarrollo de las tareas laborales.

Sin embargo, tal como ha sido sostenido por diferentes organismos judiciales, la situación laboral en el interior de los penales debe ser similar a la del exterior. Por ello, el defensor deberá desarrollar una estrategia defensiva tendiente a igualar esos derechos.

8.2.3.1. Tipos de actividad laboral

El ENCOPE cuenta con: "*talleres no productivos*" que consisten en tareas de mantenimiento y limpieza de las unidades penitenciarias ("*fajina*"). También cuentan con "*talleres productivos*" gestionados directamente por él (ejemplos: tejidos a máquina, repostería, etc.) Lo producido en esos talleres se destina al SPF, a particulares o a otras instituciones. La tercera opción, son aquellos talleres gestionados con empresas externas (ejemplos: armado de bolsas de papel, armado de carpetas, armado de broches, etc.). Vale tener en cuenta que aún en esos casos también debe ser considerado trabajo esas tareas, aún cuando se trate de fajina o de tareas formativas. En efecto, es claro que las tareas de fajina, limpieza, etc., es un trabajo como cualquier otra actividad de las denominadas "productivas". De hecho, si esa tarea de fajina no fuera ejecutada por el interno, la administración penitenciaria estaría en la obligación de contratar a una empresa y pagar por dicho servicio. Por lo tanto, no es admisible sostener que esa tarea no conforma trabajo y bajo ese pretexto no abonar el salario.

La Ley Nº 24.372 regula al Ente de Cooperación Técnica y Financiera y establece lo concerniente a mejorar el funcionamiento de los talleres que se empleen como laborterapia para aquellos internos alojados en la órbita del SPF.

8.2.3.2. Jornada laboral y descanso

Las tareas que efectúan las personas privadas de libertad dentro de la órbita del Servicio Penitenciario Federal, se realizan durante una jornada que se corresponde con ocho horas diarias a cuarenta horas semanales. En algunos casos esas jornadas son reducidas (por cuestiones de falta de cupo, por ausencia de la persona encargada al frente del taller, entre otras). En esos casos, será labor del defensor reclamar lo correspondiente ante el Juez que lleva la causa, una vez agotada la vía administrativa correspondiente en el lugar de detención de quien asisten.

Uno de los temas que representa particular dificultad en la práctica es lo que sucede al momento en que un interno/a padece de un accidente en ocasión del trabajo. En esos casos deberá regirse por la normativa correspondiente que abarca a las personas que padecen un infortunio laboral en la vida en libertad. La propia LEP en materia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, establece:

Art. 130: "*La muerte o los accidentes sufridos por internos durante o con motivo de la ejecución del trabajo, así como las enfermedades profesionales contraídas por su causa, serán indemnizables conforme la legislación vigente*".

Art. 131: "*La indemnización, cualquiera fuere el monto de la efectiva remuneración percibida por el interno, se determinará sobre la base de los salarios fijados en los convenios o disposiciones vigentes, a la fecha del siniestro, para las mismas o similares actividades en el medio libre*".

Art. 132: "*Durante el tiempo que dure su incapacidad, el interno accidentado o enfermo percibirá la remuneración que tenía asignada*".

8.2.3.3. Procesos de selección

Para que un detenido pueda acceder a trabajar debe requerir ser atendido en audiencia por el área de trabajo de la Unidad o Complejo penitenciario en el que se encuentre. Allí se le requerirán determinados datos personales (documentos de identificación, constancias de clave única de identificación laboral, etc.) y el área mencionada confeccionará un expediente administrativo mediante el cual gestionará el "*alta laboral*" ante el EN.CO.PE quien deberá, en última instancia, otorgar el alta correspondiente de afectación laboral. Para el caso de las personas extranjeras tramitará una clave única de identificación laboral de carácter "*provisorio*" a fin de permitir su afectación a tareas remuneradas.

En varios casos, las unidades/complejos penitenciarios otorgan trabajos no remunerados, o pagados a mucho menor precio denominados "pagos estímulos", vinculados a las labores generales del establecimiento. Cuando en el lugar no es posible conseguir un trabajo remunerado, será tarea del Defensor (previo agotamiento de las vías administrativas correspondientes por parte del detenido) poder lograr – a través de los reclamos– que el asistido perciba el salario por el trabajo general de la unidad. Si en el lugar donde se aloja no hay trabajo (por una cuestión de cupo), se podrá solicitar –al juez ante el cual tramita la causa– el traslado a una unidad que permita poder desarrollar labores que sean remunerados (ponderando la situación de alejamiento familiar que ello podría implicar para evaluar un camino a seguir). Todo ello en virtud y teniendo como base, siempre, que el trabajo es un ordenador social y es una parte imprescindible del tratamiento penitenciario. Por ello, si el objeto del encierro es la reinserción social por medio del tratamiento penitenciario, el Estado debe hacer todas las acciones necesarias para conseguir esa finalidad. En este punto, tampoco es atendible la justificación estatal de que no hay dinero para destinar al área laboral. Aquí se repite la argumentación ya referida en capítulos anteriores y desarrollados en la posición de garante del Estado.

8.2.3.4. Remuneraciones

A pesar de lo prescripto en la propia ley de ejecución de la pena privativa de libertad, se llamará peculio a lo que en el medio libre se denomina salario. Sin embargo, se utiliza el

Salario Mínimo Vital y Móvil (SMVM) como base de cálculo y no el salario convencional, debiendo abonarse por las 8 horas diarias de trabajo las tres cuartas partes del salario mínimo vital y móvil, cuestión ésta también cuestionable ya que no está debidamente justificada la razón por la que a igual trabajo se paga de manera diferenciadas y, como ya se sabe, vulnera la Constitución Nacional. Asimismo, otro de los temas controvertidos lo encontramos con la aplicación del art. 120 de la ley mencionada. En lo cotidiano, la distinción vinculada con la destinación de bienes y servicios está absolutamente desvirtuada, al igual que el pago del salario en función de la categoría profesional. Por otro lado, el art. 121 de la normativa mencionada establece, que una vez deducidos los aportes correspondientes a la seguridad social, lo que se debiera percibir se distribuirá del siguiente modo: 10 % para indemnizar los daños y perjuicios causados por el delito, de acuerdo a lo que establezca la sentencia; 35 % para la prestación de alimentos; 25 % para costear los gastos que causare en el establecimiento; y el 30 % para formar un fondo propio que se le entregará a su salida.

De todas formas no todo trabajo en las unidades/complejos penitenciarios es remunerado aunque claro está, si debiera serlo. Habitualmente, existen distintas tareas vinculadas a las labores generales del lugar que no reciben remuneración, toda vez que son entendidos como trabajos obligatorios para el mantenimiento de la propia unidad. De todas formas, si la actividad que hace el detenido es esa solamente —y no realiza otras tareas— podrá lograr que tal actividad sea remunerada. Asimismo, si la persona detenida realiza actividades artísticas y/o intelectuales no resultará necesario el trabajo obligatorio antes mencionado, siempre que dicha tarea sea entendida como productiva y compatible con su tratamiento penitenciario y con el establecimiento. Como dijimos anteriormente, toda actividad desarrollada en el interior del penal debe ser entendida como formativa y/o productiva, y, por lo tanto, pasible de remuneración.

El trabajo remunerado es un trabajo voluntario que se realiza dentro de la unidad, a diferencia de la semilibertad, donde el trabajo es extramuros. Ahora bien, en el caso que el trabajo tenga como destino áreas estatales, no debieran abonarle al detenido menos de las tres cuartas partes del salario mínimo, vital y móvil. Para el caso que el trabajo esté a cargo de una empresa mixta —Estado y empresa privada— o una empresa privada, el salario deberá ser igual al de la vida en libertad.

En ambos casos, serán pagados conforme lo establece la legislación laboral vigente. Para los casos de las personas que se encuentran procesadas corresponde abonarles el salario mínimo, vital y móvil o el mínimo de convenio cuando trabajan para terceros. (art. 120 del Reglamento Gral. de Procesados aprobado por el Decreto nº 303/96).

En cuanto a la remuneración que se percibirá, ésta queda establecida en los arts 120 a 129 de la LEP[107].

107. Art. 120: "*El trabajo del interno será remunerado, salvo los casos previstos por el art. 111. Si los bienes o servicios producidos se destinaren al Estado o a entidades de bien público, el salario del interno no será inferior a las tres cuartas partes del salario mínimo vital móvil. En los demás casos o cuando la organización del trabajo esté a cargo de una em-*

Resolución de la Dirección Nacional del Servicio Penitenciario Federal: N°2514 del 12 de diciembre del año 2011 (publicada en el Boletín Público del Servicio Penitenciario Federal N° 3023)

En la misma se ordena al ENCOPE que se abstenga de efectuar la deducción del 25% que indica el art. 121 inc c) de la LEP sobre el peculio de los internos trabajadores, en consonancia con lo dispuesto por la La Corte en el fallo "*Méndez*".

La Resolución establece que "*dentro de las obligaciones de titularidad estatal, que son garantizadas en cabeza del SPF, se encuentra la de garantizar a las personas privadas de libertad condiciones necesarias para desarrollar una vida digna, la que solo se verá restringida en el goce del derecho a la libertad ambulatoria; asegurando las condiciones de habitación, instalaciones sanitarias, salud, trabajo, educación, etc.…lo preceptuado por el art. 121 inc. "c" de la LEP… colisiona con el ordenamiento internacional de derechos humanos con jerarquía constitucional y se torna en norma irrealizable. Ello es así, porque el mencionado art. vulnera los derechos constitucionales de las personas privadas de libertad, toda vez que autoriza la deducción del 25% en las remuneraciones que perciben por su trabajo durante su estadía en las unidades penitenciarias. Recientemente se ha expresado la La Corte en los autos "Mendez, Daniel Roberto s/recurso de casación. (CSJN M.821.XLIII)", declarando la inconstitucionalidad del art. 121inc. "c", sosteniendo que la limitación sala-*

---

presa mixta o privada la remuneración será igual al salario de la vida libre correspondiente a la categoría profesional de que se trate. Los salarios serán abonados en los términos establecidos en la legislación laboral vigente".
Art. 121: "*La retribución del trabajo del interno, deducidos los aportes correspondientes a la seguridad social, se distribuirá simultáneamente en la forma siguiente:*
a) 10 % para indemnizar los daños y perjuicios causados por el delito, conforme lo disponga la sentencia;
b) 35 % para la prestación de alimentos, según el Código Civil;
c) 25 % para costear los gastos que causare en el establecimiento;
d) 30 % para formar un fondo propio que se le entregará a su salida".
Art. 122: "*El salario correspondiente al interno durante la semilibertad, prisión discontinua o semidetención podrá ser percibido por la administración penitenciaria o por el propio interno...".*
Art. 123: "*Cuando no hubiere indemnización que satisfacer, la parte que correspondiere a la misma según el art. anterior acrecerá el porcentaje destinado a la prestación de alimentos".*
Art. 124: "*Si el interno no tuviere indemnización que satisfacer, ni hubiere lugar a la prestación de alimentos, los porcentajes respectivos acrecerán al fondo propio".*
Art. 125: "*Si el interno tuviere que satisfacer indemnización, pero no prestación alimentaria, la parte que pudiere corresponder a ésta, acrecerá el fondo propio".*
Art. 126: "*En los casos previstos en el art. 122, la parte destinada para costear los gastos que el interno causara al establecimiento, acrecerá su fondo propio".*
Art. 127: "*La administración penitenciaria podrá autorizar que se destine como fondo disponible hasta un máximo del 30 % del fondo propio mensual, siempre que el interno haya alcanzado como mínimo la calificación de conducta buena. El fondo disponible se depositará en el establecimiento a la orden del interno para adquisición de los art.s de uso y consumo personal que autoricen los reglamentos".*
Art. 128: "*El fondo propio, deducida en su caso la parte disponible que autoriza el art. anterior, constituirá un fondo de reserva, que deberá ser depositado a interés en una institución bancaria oficial, en las mejores condiciones de plaza. Este fondo, que será entregado al interno a su egreso, por agotamiento de pena, libertad condicional o asistida, será inembargable y no se podrá ceder, sin perjuicio de lo establecido en el art. 129.*
Los reglamentos establecerán en casos debidamente justificados y con intervención judicial, la disposición anticipada del fondo de reserva. En el supuesto de fallecimiento del interno, el fondo de reserva será transmisible a sus herederos".
Art. 129: "*De la remuneración del trabajo del interno, deducidos los aportes correspondientes a la seguridad social, podrá descontarse, en hasta un 20 % los cargos por concepto de reparación de daños intencionales o culposos causados en las cosas muebles o inmuebles del Estado o de terceros".*

rial resulta inválida, puesto que implica transferir al interno trabajador el costo de la obligación de manutención que es una obligación estadual"

En obiter dictum también señala la La Corte que el art. en cuestión contradice abiertamente las normas de trato que son previstas en la propia Ley Nº 24.660, entre las que corresponde destacar, vgr.: (…) "el art.58;… art.63;… art.64;… art.65…

Por ello, El Director Nacional del Servicio Penitenciario Federal RESUELVE:

ARTICULO 1°.– ORDENAR al Ente de Cooperación Técnica y Financiera del SPF (ENCOPE) que, a partir de la fecha, se abstenga de realizar la deducción del 25%, que manda el art. 121 inc. "c" de la Ley Nº 24.660, sobre los peculios o cualquier remuneración que corresponda abonar a los/as internos/as trabajadores/as. ARTICULO 2°.– INSTRUIR al Ente de Cooperación Técnica y Financiera del SPF, para que, de inmediato, realice las diligencias pertinentes por ante cada uno de los juzgados o tribunales intervinientes, poniendo en conocimientos de los magistrados la existencia de esta resolución y que no retendrá más el porcentaje del 25% que indicaba el inciso "c" del art. 121 de la Ley Nº 24.660…".

8.2.4. Actividades de formación para el trabajo

La LEP, en cuanto a la formación profesional establece textualmente lo siguiente:

Art. 114: "*La capacitación laboral del interno, particularmente la de los jóvenes adultos, será objeto de especial cuidado. El régimen de aprendizaje de oficios a implementar, será concordante con las condiciones personales del interno y con sus posibles actividades futuras en el medio libre*".

Art. 115: "*Se promoverá la organización de sistemas y programas de formación y reconversión laboral, las que podrán realizarse con la participación concertada de las autoridades laborales, agrupaciones sindicales, empresarias y otras entidades sociales vinculadas al trabajo y a la producción*".

Art. 116: "*Los diplomas, certificados o constancias de capacitación laboral que se expidan, no deberán contener referencias de carácter penitenciario*".

Tales artículos no hacen más que reflejar e insistir en la individualidad del tratamiento penitenciario, desde el momento en que se debe ofrecer capacitación laboral y lugares de trabajo según las aptitudes de cada interno en particular. Es así, es se debe considerar como trabajo, no solo la realización de los que comúnmente se llama actividades productivas, sino también las formativas. No hay duda que capactiarse para la realización de un trabajo luego en libertad, es parte integrante y fundamental del tratamiento penitenciario.

Jurisprudencia Nacional que regula el tema

Caso: "*Marigliano, Juan Antonio s/ recurso de inconstitucionalidad*"
(sentencia Número 93 del TSJ de Córdoba)

En la Ciudad de Córdoba, en el año 2011, el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba (TSJ) declaró la inconstitucionalidad del art. 121, inciso "*c*" de la LEP que autoriza a las autoridades carcelarias a retener un porcentaje de la retribución que los internos perciben por su trabajo para atender a sus gastos de manutención durante su estadía en prisión. Básicamente establece que si el trabajo carcelario es considerado un derecho y un deber de los condenados, debe ser remunerado y debe respetar la legislación laboral vigente. "*En cuanto al marco constitucional, a más de contradecir hacer cargar al interno los gastos ordinarios con la obligación estatal de atender a su sostenimiento que dimana del art. 18 y de las reglas que se vinculan con la dignidad y respecto a las personas privadas de libertad, este contenido también vulnera el principio de igualdad (art. 16 CN) entre los mismos internos. Ello así, atento a que los que no trabajan porque no pueden o no quieren y los que trabajan en condiciones de atenuación del encierro (semi-libertad, prisión discontinua), son sostenidos por el Estado, mientras que quienes desarrollan labores si están sometidos a dichos descuento y sin embargo todos están alojados en iguales condiciones*".

Caso: "*Sindicato Único de Trabajadores Privados de la Libertad Ambulatoria c/ Estado Nacional – Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y otros s/ Acción de Amparo*"

Toda vez que resultan aplicables a las relaciones laborales de los internos la totalidad de las normas que integran el denominado Orden Público Laboral, tales como la ley 20.744 de Contrato de Trabajo (LCT), la ley 24.013 Nacional de Empleo (LNE), la ley 24.557 de Riesgos del Trabajo (LRT), entre otras. Dicho criterio ha sido recientemente receptado por la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (CNAT), en el marco de una acción colectiva de amparo promovida por el Sindicato Único de Trabajadores Privados de la Libertad Ambulatoria (SUTPLA) con el objeto de que se condene a la administración penitenciaria a abonar a la totalidad de los internos que trabajan en establecimientos penitenciarios dependientes del Servicio Penitenciario Federal una remuneración equivalente al Salario Mínimo, Vital y Móvil[108].

La Corte

Caso: *"Mendez, Daniel Roberto s/recurso de casación"* (CSJN M.821.XLIII)

En dicho caso la Corte declaró la inconstitucionalidad del art. 121, inc. "*c*" de la LEP, sosteniendo que a limitación salarial resulta inválida, puesto que implica transferir al

108. CNAT, Sala IX, "*Sindicato Único de Trabajadores Privados de la Libertad Ambulatoria c/ Estado Nacional – Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y otros s/ Acción de Amparo*", 30/07/2013.

interno trabajador el costo de la obligación de manutención que es una obligación estadual.

La Corte, desde hace tiempo, tiene dicho que "… *el ingreso a una prisión, no despoja al hombre de la protección de las leyes y, en primer lugar de la Constitución Nacional, y que la dignidad humana implica que las personas penalmente condenadas son titulares de todos los derechos constitucionales, salvo las libertades que hayan sido constitucionalmente restringidas por procedimientos que satisfagan todos los requerimiento del debido proceso*".

También contamos con resoluciones de la Cámara Nacional de Casación Penal que refieren, que las tareas de fajina deben ser entendidas como trabajo y, por ende, deben ser abonadas por lo menos con las ¾ partes del salario mínimo vital y móvil. **(Fallos 318:1984)**

8.3. Estudio jurídico. Chile

La privación de libertad para una persona es un castigo extremadamente severo. El encarcelamiento es en sí mismo una grave privación de derechos, por lo tanto, sólo puede ser impuesto por una autoridad judicial en circunstancias claramente definidas y cuando no existe ninguna otra alternativa viable. En este sentido, las autoridades penitenciarias no deben aumentar el castigo impuesto por los tribunales al tratar a las personas privadas de libertad con injustificada severidad. Por el contrario, deben hacer todo lo que esté a su alcance para evitar el deterioro físico y mental de quienes han sido puestos bajo su custodia.

Bajo esas premisas, no es suficiente que las autoridades penitenciarias se limiten a tratar a los reclusos de manera humana y respetuosa. También deben proporcionarles oportunidades de desarrollo y de cambio. Por ello, las cárceles deben contar con programas integrales de actividades productivas que ayuden a la población privada de libertad a mejorar su situación.

Para muchas personas privadas de libertad, el tiempo que pasan encerrados puede ser la primera oportunidad que hayan tenido para desarrollar sus aptitudes vocacionales y trabajar regularmente. El principal objetivo para motivar a este grupo a desarrollar una actividad laboral es prepararles para una vida que disminuya sus condiciones de vulnerabilidad y favorezca su inserción social.

En el plano internacional diversas normas hacen referencia explícita al tema laboral en contextos de encierro. Así, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 8, numeral 3 indica restringe el concepto de trabajo forzado, al referir que *"(a) Nadie será constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio. (b) El inciso precedente*

no podrá ser interpretado en el sentido de que prohíbe, en los países en los cuales ciertos delitos pueden ser castigados con la pena de prisión acompañada de trabajos forzados, el cumplimiento de una pena de trabajos forzados impuesta por un tribunal competente. (c) No se considerarán como "trabajo forzoso u obligatorio", a los efectos de este párrafo: (i) Los trabajos o servicios que, aparte de los mencionados en el inciso b), se exijan normalmente de una persona presa en virtud de una decisión judicial legalmente dictada, o de una persona que habiendo sido presa en virtud de tal decisión se encuentre en libertad condicional."

En un sentido similar las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, en la Regla 71 indica que "*el trabajo penitenciario no deberá tener carácter aflictivo. (2) Todos los condenados serán sometidos a la obligación de trabajar habida cuenta de su aptitud física y mental, según la determine el médico. (3) Se proporcionará a los reclusos un trabajo productivo, suficiente para ocuparlos durante la duración normal de una jornada de trabajo. (4) En la medida de lo posible, ese trabajo deberá contribuir por su naturaleza a mantener o aumentar la capacidad del recluso para ganarse honradamente la vida después de su liberación. (5) Se dará formación profesional en algún oficio útil a los reclusos que estén en condiciones de aprovecharla, particularmente a los jóvenes. (6) Dentro de los límites compatibles con una selección profesional racional y con las exigencias de la administración y la disciplina penitenciarias, los reclusos podrán escoger la clase de trabajo que deseen realizar*".

De lo expuesto se puede deducir que el trabajo penitenciario puede tener dos objetivos principales. El primero, apuntaría a promover una rutina que incentive la formación de hábitos de trabajo. El segundo se dirigiría a proporcionar a los reclusos la confianza y aptitudes para realizar un trabajo productivo, en el que identifiquen un aprendizaje que favorezca la obtención de empleo luego de cumplida su condena. Esto significa que el trabajo penitenciario debe estar vinculado a una capacitación orientada a proporcionar a los internos aptitudes que les permitirán obtener la formación para acceder a un empleo.

Con respecto a las condiciones de trabajo en relación al medio libre, las mismas Reglas Mínimas, en la Regla 72 indica que *"(1) La organización y los métodos de trabajo penitenciario deberán asemejarse lo más posible a los que se aplican a un trabajo similar fuera del establecimiento, a fin de preparar a los reclusos para las condiciones normales del trabajo libre. (2) Sin embargo, el interés de los reclusos y de su formación profesional no deberán quedar subordinados al deseo de lograr beneficios pecuniarios de una industria penitenciaria"*. Complementando lo anterior, la Regla 73 añade que *"(1) Las industrias y granjas penitenciarias deberán preferentemente ser dirigidas por la administración y no por contratistas privados. (2) Los reclusos que se empleen en algún trabajo no fiscalizado por la administración estarán siempre bajo la vigilancia del personal penitenciario. A menos que el trabajo se haga para otras dependencias del gobierno, las personas para las cuales se efectúe pagarán a la administración el salario normal exigible por dicho trabajo teniendo en cuenta el rendimiento del recluso."*

Sobre las medidas de seguridad en el trabajo, es importante que las condiciones de trabajo en prisión estén sujetas a las mismas leyes de higiene, seguridad, indemnización por accidentes y enfermedades profesionales, que las que rigen entre el público en general. Esto significa que las autoridades penitenciarias deben conocer la legislación nacional sobre seguridad e higiene laboral, y asegurarse de que se cumplan en el entorno penitenciario. Estas restricciones también deben aplicarse a la cantidad de tiempo que los reclusos tengan que pasar trabajando. La jornada laboral no debe ser excesiva y debe dejarles tiempo para que los reclusos se involucren en otras actividades. Así lo establecen las Reglas 74 y 75 de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos.

En cuanto a la remuneración por el trabajo realizado, la Regla 76 del cuerpo normativo antes citado declara que "*el trabajo de los reclusos deberá ser remunerado de una manera equitativa*", por lo que puede deducirse que la remuneración debe asemejarse a un salario equivalente al que recibiría un trabajador similar en la sociedad civil. Adicionalmente, la norma se ocupa del destino del salario recibido, el que se espera sea destinado en parte a sus familias, a adquirir objetos destinados a su uso personal y a un fondo que sea entregado al recluso al ser puesto en libertad.

En relación a la actividad laboral de mujeres privadas de libertad, las Reglas de Bangkok se refieren únicamente a que este grupo deberá tener acceso a un programa de actividades amplio y equilibrado en el que se tendrán en cuenta las necesidades propias de su sexo, reaccionando con flexibilidad ante las necesidades de las mujeres embarazadas, madres lactantes y las mujeres con hijos (Regla 42).

En Chile, la norma que regula la actividad laboral en privación de libertad es el Estatuto Laboral Penitenciario (Decreto Supremo N° 943). Esta norma tiene como origen la entrada en vigencia de la Ley N° 20.426, norma que moderniza Gendarmería de Chile, incrementando su personal y readecuando las normas de su carrera funcionaria. Además de ello, la Ley citada formuló una serie de modificaciones, entre ellas, la redacción del artículo 1° del Decreto Ley N° 2859, Ley Orgánica de Gendarmería de Chile, en el sentido de establecer que uno de los fines de este Servicio es contribuir a la reinserción social de las personas que por resolución de autoridad competente fueren detenidas o privadas de libertad.

En atención a lo antes señalado, la administración de turno buscó dar promoción al trabajo voluntario y remunerado de quienes se encuentran internos en establecimientos penitenciarios durante su estadía en aquellos, permitiendo con esto dar manutención a sus familias y a ellos mismos, favoreciendo además la reinserción social y laboral, una vez que hayan cumplido su condena.

8.3.1. Principios que informan la actividad laboral penitenciaria y de formación

El Título I del Estatuto Laboral Penitenciario titula su contenido como principios que informan la actividad laboral. En sí, esta enunciación es errónea, ya que como veremos, las disposiciones de este apartado incluyen principios, pero también conceptos e incluso, la regulación de un permiso de salida especial en materia laboral. Revisemos los siguientes aspectos:

a) Acceso al trabajo penitenciario: Así lo señala el artículo 1° del Decreto Supremo (en adelante D.S.) N° 943, el que establece que toda persona que se encuentre bajo control de Gendarmería podrá acceder a las prestaciones de actividad laboral penitenciaria y/o de formación para el trabajo ofrecidas en los diferentes establecimientos penitenciarios y en las condiciones que lo determina el propio Estatuto.
b) Reinserción del condenado que trabaja: Las actividades laborales penitenciarias tienen por objetivo central entregar herramientas que fomenten la integración social del sujeto, de modo que el ejercicio de aquellas propenda a su desarrollo económico y al de su familia.
c) Principio del Trato Humano: El artículo 3 del D.S. N° 943 lo recoge, al señalar que la actividad laboral y de formación para el trabajo se rige sobre la base de una relación de derecho público del interno con el Estado, de manera que, sin perjuicio de los derechos limitados por su detención, prisión preventiva o condena, su condición jurídica es idéntica a la de los ciudadanos libres.
d) Armonía entre actividad laboral y programas de reinserción: Gendarmería de Chile debe velar porque las actividades laborales que desarrollen terceros dentro de los establecimientos penitenciarios sean coherentes y armónicas con los programas de tratamiento existentes y la política penitenciaria en general, debiendo poner especial énfasis en los contenidos técnicos de la capacitación y el respeto de los derechos laborales de los internos en el desarrollo del trabajo remunerado.
e) Relación entre los internos y particulares ajenos a la administración penitenciaria: Las relaciones que se rijan por la legislación laboral común, suponen la vigencia plena de todas las disposiciones que componen dicha normativa. Sin embargo, se limitan los derechos laborales colectivos, como la huelga, la sindicalización, la negociación colectiva y otros que las normas del trabajo contemplen, estando limitados por el respeto al régimen interno al que se encuentran sometidos los trabajadores privados de libertad.
f) Actividad laboral penitenciaria y su relación con la normativa laboral: La actividad laboral que se lleve adelante en los diferentes establecimientos penitenciarios del país es aquella que se ajusta a las normas del Código del Trabajo, correspondiendo a la administración penitenciaria velar por su cumplimiento con el fin de dar protección al trabajador.
g) Formación para el trabajo: Esta formación estará dirigida al sujeto que se encuentra bajo control de Gendarmería, con el objetivo de crear o preservar hábitos

laborales y/o sociales en el trabajador, reforzando su identidad personal y prosocial, con la finalidad de lograr su reinserción social. En este punto se deben considerar dos aspectos: por una parte, la actividad laboral debe ser fomentada por la administración penitenciaria, por otra, la actividad laboral se deberá ajustar a la oferta programática de cada establecimiento.

h) Naturaleza de la actividad laboral penitenciaria y de formación para el trabajo: En la esencia de esta actividad se encuentra la voluntariedad por parte del interno o interna, no pudiendo ser utilizada como castigo u otra forma de corrección. Se encuentra completamente prohibido que esta actividad sea una fuente de lucro para la Administración Penitenciaria.

i) Oferta laboral para grupos especiales: La administración penitenciaria tiene el deber de desarrollar alternativas ocupacionales que reconozcan la discapacidad, el enfoque de género, el origen étnico y toda otra diferencia que favorezca la integración laboral de todos los trabajadores, permitiendo el igual acceso a los planes y programas que se ejecuten con ese fin .

j) Deber de promoción: La administración penitenciaria estará obligada a generar las condiciones necesarias para favorecer el acceso a la actividad laboral y a la formación para el trabajo de las personas sujetas a su control, de conformidad a las posibilidades técnicas, de infraestructura y económicas propias de Gendarmería, con el objeto de que adquieran, conserven y perfeccionen sus destrezas, aptitudes y hábitos laborales, preparándolas así para el trabajo postpena, para obtener un provecho económico y fortalecer sus responsabilidades personales y familiares.

k) Infraestructura destinada a la actividad laboral: El trabajo penitenciario se efectuará, en general, en los talleres y otros recintos expresamente destinados al efecto, para lo cual en cada establecimiento penitenciario deberán existir condiciones o espacios físicos para el desarrollo del trabajo o actividades de capacitación o formación laboral.

l) Justificación de ausencia al trabajo: Todo aquel que desarrolle una actividad laboral, tendrá derecho a que la administración justifique sus inasistencias laborales cuando éstas deriven de una decisión administrativa.

m) Remuneración: Toda actividad productiva desarrollada por quienes se encuentren bajo control de Gendarmería de Chile, será siempre remunerada.

n) Incentivos no monetarios: Existiendo compatibilidad con el régimen interno, la administración penitenciaria podrá otorgar beneficios adicionales a quienes desarrollen actividades laborales o afines.

o) Seguridad laboral: En el desarrollo de la actividad laboral penitenciaria y de formación para el trabajo, se tomarán las mismas precauciones prescritas para proteger la seguridad y la salud de los trabajadores que no se encuentren privados de libertad. La administración penitenciaria tiene el deber de adoptar todos los cuidados necesarios para proteger la salud y seguridad de los internos y deberá cautelar que los terceros particulares adopten los mismos resguardos.

p) Estímulo al ahorro: El Jefe de cada establecimiento penitenciario y, en especial, el asistente social, procurarán estimular al interno para que haga acopio de sus ahorros con el fin de atender, además de sus propias necesidades en prisión, las de su familia, así como

para sufragar los gastos que se generen una vez obtenga libertad. El Jefe o el asistente social de los establecimientos penitenciarios deberán informar y asesorar a los trabajadores que realicen actividades independientes, acerca del sistema previsional, seguros, ahorros y otros, a los que puedan acogerse en forma voluntaria.

q) Obligación previsional: Los trabajadores que no se rijan por el Código del Trabajo serán considerados como trabajadores independientes para los efectos previsionales. En este caso, la administración actuará como mandataria para enterar las cotizaciones previsionales, debiendo existir mandato expreso del interno o interna en ese sentido.

Permiso de Salida Laboral

Este permiso se encuentra establecido en el artículo 11 del Decreto Supremo N° 943, teniendo una estructura autónoma respecto de la generalidad de los permisos establecidos en el Reglamento de establecimientos penitenciarios y en el mismo Estatuto Laboral.

Para que concurra este permiso, se deben cumplir una serie de requisitos, los que se enuncian a continuación:

a) La persona debe estar bajo control de la administración.
b) No debe cumplir con los requisitos para optar al permiso de salida controlada al medio libre.
c) Debe tener derecho a postular a los demás beneficios intrapenitenciarios contemplados en el Decreto Supremo 518 .

La finalidad de este permiso es que la persona privada de libertad puede realizar actividades laborales en otros establecimientos penitenciarios, en recintos anexos a ellos o fuera de los centros de reclusión, antes de reúna las condiciones para postular a una salida diaria (salida controlada al medio libre). La concesión del permiso la realizará el Jefe del establecimiento, previo informe favorable del Consejo Técnico.

En casos fundados, los trabajos deberán realizarse con custodia de Gendarmería, previo informe del Consejo Técnico. Además, este permiso de salida no podrá exceder de la duración diaria de la jornada de trabajo.

8.3.2. Reclusos autorizados para trabajar

El artículo 18 del D.S. N° 943 dispone que podrán desarrollar actividades productivas aquellas personas sometidas a prisión preventiva y quienes se encuentren condenados por sentencia judicial firme o ejecutoriada una vez hayan completado el respectivo proceso de selección. Respecto de las personas sujetas a prisión preventiva, podrán trabajar conforme a sus aptitudes e inclinaciones, siempre que ello sea compatible con los recursos de que disponga el respectivo establecimiento penitenciario.

Cabe señalar que la administración facilitará los medios de ocupación de que disponga, permitiendo al interno procurarse otros a sus expensas, siempre que sean compatibles con las garantías procesales y la seguridad del establecimiento penitenciario.

Cabe agregar que cualquier persona que realice alguno de los trabajos expresados en el D.S. N° 943, lo hará bajo las condiciones y con los derechos, beneficios y obligaciones que establece la mencionada norma.

8.3.3. Modalidades y organización de la actividad laboral penitenciaria

8.3.3.1. Formas de Actividad Laboral y Formación para el Trabajo

La actividad laboral al interior de los establecimientos penitenciarios del sistema cerrado de Gendarmería de Chile se desarrolla a través de las siguientes modalidades:

a) Empresas instaladas al interior de un establecimiento penitenciario: Esta primera modalidad se basa en la instalación de una empresa al interior de un centro penitenciario. Para ello, la administración adjudicará el contrato a la empresa que cumpla con los requisitos y de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 9 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1/19.653, que fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley Nº 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.
b) Empresario Interno: Las personas privadas de libertad podrán conformar empresas y cooperativas al interior de los establecimientos penitenciarios, previo informe favorable del Consejo Técnico y ajustándose a la normativa comercial vigente. A su vez, la administración tiene la obligación de otorgar las facilidades que esta constitución demande, haciéndola compatible con la ejecución penal que se lleva a cabo. En estos casos, dichas empresas o cooperativas sólo podrán contratar a trabajadores internos, bajo las condiciones establecidas en el Código del Trabajo o de acuerdo a las normas del Código Civil, según corresponda.
   La Administración, siempre que uno o más internos se constituyan bajo alguna forma societaria del Código de Comercio, deberá establecer un protocolo pormenorizado de las relaciones para con esta empresa, detallando cada uno de los deberes, derechos y prohibiciones a que se encuentra afecto dado el régimen especial de ejecución que se realice en el establecimiento, sometiéndolo a revisión ordinaria semestral y extraordinariamente todas las veces que la correcta gestión demande.
   En cuanto a la obtención de maquinarias y herramientas para el trabajo, el empresario interno que desempeñe labores dentro de los Establecimientos, podrá gestionar la introducción de maquinaria, materia prima o cualquier otro insumo que sea necesario para el desarrollo de la actividad productiva autorizada por la Administración. Estas autorizaciones y restricciones deberán constar en resolución fundada, dictada por el Jefe del Establecimiento, previo informe del Consejo Técnico.
c) Prestación de servicios o servicios a trato: Existiendo compatibilidad con el régimen interno del establecimiento y con el plan de reinserción de la persona privada de libertad,

los internos podrán prestar servicios a trato a personas o empresas externas. Las condiciones para desarrollar estos servicios serán fijadas por la Administración Penitenciaria.

d) Servicios de aseo, alimentación y mantención: Se trata de una actividad de formación para el trabajo que se basa en el apoyo a necesidades de los servicios que presta el establecimiento penitenciario. Podrá ser entregado a internos condenados que tendrán la calidad de maestros o ayudantes.
e) Actividades que propendan al entrenamiento ocupacional o terapéutico: El interno podrá ejecutar en forma independiente, actividades dirigidas a la manufactura o fabricación de especies y productos por propia iniciativa y con materiales propios, los que serán ofrecidos por los internos directamente al público, sin perjuicio del apoyo en la labor de difusión y comercialización de dichas especies o productos que pueda otorgar la Administración Penitenciaria.
f) Centros de Educación y Trabajo: Constituyen establecimientos penitenciarios o sectores al interior de ellos, destinados a contribuir al proceso de reinserción social de las personas condenadas, proporcionando o facilitándoles, trabajo regular y remunerado, capacitación o formación laboral, psicosocial y educación, que sean necesarios para tal propósito.

8.3.3.2. Jornada Laboral y Descanso

La jornada laboral ordinaria no excederá de las horas semanales establecidas por el Código del Trabajo, la que podrá ser distribuida en 5 o 6 días a la semana. La determinación de la distribución horaria será realizada por el Jefe de establecimiento.

Para el caso de las actividades laborales que se desarrollen al interior del establecimiento, la jornada de trabajo deberá desarrollarse durante los horarios de desencierro y encierro que contemple el régimen interno de cada unidad penal .

En cuanto al descanso anual, se debe señalar que los reclusos trabajadores dependientes tendrán derecho a un periodo de descanso anual equivalente al feriado legal regido por el Código del Trabajo. Las circunstancias, condiciones y modalidad de ejercicio de este derecho, deberán ajustarse al régimen interno del establecimiento penitenciario.

8.3.3.3. Proceso de Selección

En el proceso de selección de los trabajadores, el Consejo Técnico del establecimiento considerará la disposición del interno para el trabajo, su salud compatible y antecedentes psicológicos, sociales y de conducta, en los casos que corresponda. A su vez, se debe observar muy especialmente que el tipo de delito cometido y la duración de la pena no constituyan factores que excluyan la selección de postulantes.

Para el caso de la selección de trabajadores para empresas instaladas al interior de los establecimientos penitenciarios, el proceso consistirá en dos etapas:

a) Etapa de preselección: En los establecimientos cerrados y semiabiertos, Gendarmería de Chile, a través del Área Técnica respectiva, deberá elaborar un listado de internos susceptibles de ser contratados, considerando los antecedentes psicosociales, criminológicos y penitenciarios, además del perfil de trabajador requerido por el empresario. En los establecimientos abiertos la nómina será elaborada por el Centro de Reinserción Social mediante el mismo procedimiento. Los trabajadores que formen parte de dicha nómina serán informados de la oferta laboral existente y sus condiciones.
b) Etapa de selección: El adjudicatario hará la selección final del trabajador a contratar, pudiendo realizar previamente una entrevista individual o grupal con los trabajadores preseleccionados.

En el caso de los condenados que se requieran para cumplir el rol de maestros o ayudantes de maestro, el Jefe de establecimiento estará a cargo de seleccionarlos, a propuesta del Consejo Técnico respectivo. La función será entregada tomando en consideración los méritos propios de cada interno y del proceso de intervención individual que se lleve al efecto.

En el caso de la selección de los internos trabajadores para los Centros de Educación y Trabajo (en adelante CET), la evaluación que realice el Consejo Técnico incluirá la revisión de los siguientes antecedentes:

- Ficha única de condenado;
- Informes social y psicológico;
- Informe laboral;
- Informe de escolaridad;
- Informe de conducta;
- Solicitud de postulación del interno al CET;
- Acreditación de rebajas de condena, e
- Informe de salud.

Adicionalmente, el Consejo Técnico, para la selección de los condenados postulantes a los CET, tomará en consideración las siguientes condiciones:

- Disposición para el trabajo.
- Necesidades de reinserción social.
- Motivación al cambio.
- Antecedentes psicológicos, sociales y de conducta.

En cuanto a los criterios conforme a los cuales serán seleccionados los condenados que postulen a los CET semiabiertos, se considerará:

- Conducta: Que los internos tengan "*buena*" o "*muy buena*" conducta durante último bimestre de la fecha de su postulación.

- Tipo de delito: La selección no estará condicionada o limitada por el delito al que se encuentre condenado el postulante.
- Salud: Se considerará tener salud compatible con las actividades laborales del CET al cual postula.

La selección de condenados para CET cerrados y abiertos será aprobada por el Consejo Técnico del establecimiento penitenciario. En caso de ser un CET semiabierto, será el Director Regional quien apruebe la selección, previo informe favorable del Consejo Técnico de la unidad penal de origen, así como del de la unidad de destino.

8.3.3.4. Remuneraciones

La remuneración del trabajador privado de libertad, será idéntica a la de los trabajadores libres, que desempeñen la misma labor, y estará sujeta a las retenciones y disposiciones especiales que establece la normativa.

El monto de las remuneraciones podrá ser determinado de conformidad al tipo de trabajo realizado. Dichas contraprestaciones podrán estar constituidas por:

- Montos fijos por días trabajados.
- Monto pactado por obra.
- Porcentaje de operaciones o comisiones.
- Bonos de producción o compensación por el trabajo realizado.

Durante los primeros 15 días de cada mes, el empresario deberá entregar al Jefe o encargado administrativo laboral, copia de las liquidaciones del mes anterior de las remuneraciones de todos sus trabajadores, así como también del pago de cotizaciones previsionales, de salud y seguros complementarios, si los hubiere.

En la planilla de remuneraciones de los trabajadores deberá figurar la cantidad de dinero que se haya entregado directamente al trabajador, la que deberá ceñirse al monto máximo autorizado por resolución del Director Regional respectivo. La suma de libre disposición que exceda este máximo deberá ser entregada al funcionario o instancia designada por el Jefe del establecimiento penitenciario, para ser distribuida conforme a las indicaciones previstas por el trabajador.

En caso de incumplimiento de las obligaciones laborales, previsionales y convencionales, Gendarmería realizará la denuncia ante el órgano fiscalizador respectivo.

En cuanto a las deducciones que se realizarán del ingreso del condenado, se cuentan las siguientes:

a) Un 11% a fin de hacer efectiva la responsabilidad civil proveniente del delito, según lo dispuesto por la sentencia judicial.

b) Hasta un 5% destinado a indemnizar los gastos que ocasionen al establecimiento, incluyendo las materias primas que les proporcione la Administración Penitenciaria, porcentaje que será determinado por el Consejo Técnico respectivo.
c) Un 15% destinado a la formación de un fondo individual de reserva que será entregado cuando egresen del establecimiento penitenciario, ya sea por el cumplimiento de la pena, obtención de libertad condicional, o bien mediante el beneficio de salida controlada al medio libre.

El saldo de ingreso mensual del trabajador interno, realizadas las deducciones señaladas, constituirá un fondo de libre disposición. Lo que exceda de la cantidad máxima de dinero que el interno pueda portar, podrá ser depositado en una cuenta de ahorro bancaria.

Capítulo 9. Otras prestaciones que debe brindar el servicio penitenciario

9.1. Introducción

9.1.1. Privatización o externalización de los servicios

En las últimas décadas se ha producido un intenso debate dentro de la ciencia penal sobre la privatización de los sistemas penitenciarios. El fenómeno de la privatización tiene su origen mediato en los sistemas de Gran Bretaña y Estados Unidos, aunque las prisiones a lo largo de la historia han sido centros privados regentados por un alcaide que lograba beneficios económicos y otros privilegios, como contraprestación al servicio que prestaba a la Administración de justicia. Para comprender en su justa medida este movimiento privatizador contemporáneo es preciso contar con dos circunstancias. La primera es que el mismo se inserta en un fenómeno globalizado de igual signo, pero de mucho mayor calado. La privatización de las prisiones no es nada más que una parcela en la que el sector privado ha hecho acto de presencia, pero en el mundo actual la seguridad o la defensa, por poner solo dos ejemplos, están prácticamente privatizadas. Por otra parte, el proceso de privatización penitenciaria se ha visto impulsado a raíz de la crisis de los modelos de justicia correccional que se inicia desde la década de los setenta del pasado siglo y se mantiene en evolución. Esta crisis ha permitido desmontar todos los recursos rehabilitadores y convertir las prisiones en centros de custodia, lo que favorece la privatización. En tanto que es concebida la prisión como una pena orientada a la resocialización, las críticas a la intervención del sector privado estaban revestidas de razón. Si es difícil legitimar al Estado en esas funciones rehabilitadoras mucho más problemático es aceptar que esas competencias pudieran quedar en manos del mundo empresarial. Pero las actuales cárceles custodiales, al reducir sus objetivos, no solo soslayan ese argumentario, sino que, muy probablemente, no les falte razón a quienes destacan que una empresa privada de seguridad desarrollaría mejor las funciones de vigilancia y custodia.

La privatización se ha visto también animada por el fuerte crecimiento de la población reclusa, que han tenido que soportar los sistemas penitenciarios de todo el mundo,

debido a las políticas criminales hegemónicas; expresiones, ya muy populares, como *truth-in-sentencing*, tolerancia cero o derecho penal del enemigo, sintetizan este movimiento. El crecimiento se produce por un doble efecto, porque estas políticas presionan al legislador y exponencian la creación de nuevas formas delictivas y porque, los beneficios penitenciarios que permitían las excarcelaciones anticipadas, se han reducido en una cuarta parte.

El sector privado ofrece a la Administración un modelo de gestión penitenciaria vertebrado sobre los ejes de la custodia y de los recortes económicos. Sin embargo, el debate se ha producido sin un acuerdo previo sobre qué se entiende o debe de entenderse por privatización del sistema penitenciario. El mundo empresarial viene colaborando muy estrechamente con la Administración en numerosos e importantes aspectos de los establecimientos desde hace mucho tiempo. No solo en el diseño y construcción de nuevos edificios, lo que, sorprendentemente, no ha suscitado críticas entre quienes rechazan la privatización a pesar de la importancia de la arquitectura penitenciaria, sino en alimentación, talleres, educación, sanidad, deportes, cultura, formación del personal penitenciario, etc. Y esta participación aun es mayor si consideramos como privatización la presencia de las organizaciones sociales sin ánimo de lucro en multitud de actividades relacionadas directamente con los programas de reinserción social.

El debate, pues, se planteó en unos términos más ideológicos que penitenciarios. De propósito se soslayaron las experiencias y la valoración de las mismas para criticar la idea nuclear de que el sector empresarial pudiera obtener lucro de la privación de libertad de un condenado. Los críticos señalan, además, que la privatización es una manera implícita de reconocer el fracaso de las políticas resocializadoras y su progresiva sustitución por las meramente custodiales. Las cárceles privadas, sí logran reducir gastos, pueden ser un argumento para que en el futuro haya más prisiones y más gentes dentro de ellas. Por último, la crítica se mostraba particularmente vehemente en lo que podía significar de riesgos de discriminación por razones económicas entre los condenados. Un conjunto de cárceles privadas, mejor dotadas y más confortables y, en paralelo, otro de prisiones públicas, peores en todos sentidos, es una tentación para introducir un nuevo factor de enriquecimiento, pudiendo establecerse pagos de quienes detentan poder adquisitivo, más o menos encubiertos, para asegurarse el traslado a las privadas.

La polémica ha remitido en la medida que la tendencia privatizadora también lo ha hecho. Y es que la estrategia del sector empresarial ha cambiado. En vez de presentarse como gestores de unas prisiones privadas, con el costo de crítica que conlleva, han preferido poner en práctica una política de privatización selectiva. El sector privado no avanza más en la privatización, sencillamente, porque no la ve rentable; sin embargo, no solo mantienen privatizados los servicios, que sí resultan lucrativos, sino que se hacen con otros nuevos, como sucede con la vigilancia de los establecimientos y traslados de los internos.

Intencionadamente o no, el debate se encuentra mal enfocado, porque el problema no es reconocer los riesgos para los derechos de los privados de libertad y las disfuncionalidades en el sistema, como consecuencia de gestionar las cárceles con criterios de rentabilidad económica, sino buscar las fórmulas para obligar a las empresas adjudicatarias a firmar unos contratos exigentes en todas esas cuestiones sensibles e incluir cláusulas de penalización y resolutivas y establecer unas inspecciones eficaces por los servicios públicos y, finalmente, mantener el principio de reserva absoluta en aquellos aspectos nucleares de la pena.

Más allá del debate referido sobre la privatización, hoy parece difícil de mantener una política radical a favor de lo público. Pero esto no es un problema de privatización, sino de externalización de algunos servicios penitenciarios. El fenómeno de la externalización no solo es necesario, sino conveniente para garantizar ciertos servicios, para hacerlos más eficaces, mejores y más competitivos. La externalización no se plantea solo entre lo público y el sector empresarial, también las administraciones penitenciarias se ven obligadas para garantizar la calidad de un servicio a externalizarlo y ponerlo bajo la gestión de la otra Administración pública distinta —central, municipal, provincial, etc.— En la actualidad casi todos los países tienen externalizados determinados servicios de la Administración penitenciaria, tales como la sanidad, la alimentación, los proveedores de mercancías, los talleres, etc.

9.1.2. Sanidad

I. Por sanidad entendemos el conjunto de servicios penitenciarios ordenados para preservar la salud de la población reclusa. Hay dos importantes razones para destacar la importancia de la sanidad penitenciaria. De una parte, el deber de velar por la vida de los internos que asume prácticamente de forma exclusiva la Administración y, por otra parte, la contrastada mala salud de las personas recluidas, con graves riesgos de que los sanos puedan contraer enfermedades tras su paso por una prisión. De esta relevancia da buena prueba el hecho de que las Normas Penitenciarias Europeas le hayan dedicado toda una parte a los temas de salud (III). Coincide la normativa internacional destacando ese deber que asumen las administraciones penitenciarias "*de proteger la salud de los internos durante su custodia*" (Art. 39). La asistencia médica es universal y gratuita. Ninguna circunstancia penitenciaria o procesal (incomunicados, sancionados, preventivos, etc.) puede impedir que aquellos internos que lo necesiten puedan ser atendidos por un médico. La asistencia por el personal médico penitenciario no es incompatible con el derecho de los internos, que lo deseen, a ser atendidos por otros médicos del exterior a costa de sus propios recursos ("*Los reclusos tendrán acceso a los servicios de salud de que disponga el país, sin discriminación por su condición*" P. 9. Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos).

Conforme a las Principios de Buenas Prácticas la asistencia médica dentro de prisiones se rige por los siguientes principios:

- Confidencialidad de la información médica;
- Autonomía de los pacientes respecto de su propia salud;
- Consentimiento informado en la relación médico-paciente (Principio X).

Todo el personal facultativo tiene que estar debidamente cualificado, a pesar de que para economizar recursos personales en ocasiones se emplean en funciones médicas personas que no tienen concluidos sus estudios o que son también internos. Esta eventualidad no puede negarse en situaciones de emergencia, en las que no es posible contar con un personal cualificado, pero, en absoluto, puede convertirse en el modo regular de cubrir la asistencia médica de la población penitenciaria ("*Todo establecimiento penitenciario dispondrá por lo menos de los servicios de un médico calificado*" Regla 22. Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos). Distinto son las funciones de vigilancia en casos especiales, como postoperatorios, que realizan los propios internos.

El deber de velar por la vida y la salud de la población penitenciaria no puede quedar circunscrito al tiempo de custodia. Aunque el dato no es conocido de forma fiable todo hace pensar que un número importante de personas que pasan por las prisiones contraen enfermedades que arrastran posteriormente tras la excarcelación. La salud no tiene relación con los tiempos penitenciarios y dicho deber no puede quedar circunscrito a estos. Tras la liberación los ex internos debe asegurarse el derecho a una asistencia sanitaria para prevenir o curar patologías contraídas durante el encierro. Con mucha más razón, en aquellos supuestos en los que la ley penal contempla la suspensión de la ejecución de la pena o la excarcelación adelantada para evitar que el penado pase sus últimos momentos de vida en prisión, la Administración sigue obligada a prestar una asistencia sanitaria.

Si bien en sus orígenes la sanidad penitenciaria se integraba en su totalidad como un servicio más de la Administración dentro del establecimiento, en la actualidad hay una convención pacífica de que para desarrollar una sanidad eficaz en los establecimientos debe establecerse un sistema de integración, colaboración y coordinación con los servicios hospitalarios públicos ("*Los servicios médicos deberán organizarse íntimamente vinculados con la administración general del servicio sanitario de la comunidad o de la nación*" art. 22 Reglas mínimas de Tratamiento de los Reclusos). Los centros no pueden ofertar más instalaciones que aquellas que garantizan los primeros tratamientos o tratamientos paliativos o postraumáticos. El costo de la tecnología sanitaria es excesivamente elevado como para asegurar unas instalaciones adecuadas para una población reclusa de un establecimiento. Contar con establecimientos hospitalarios penitenciarios tampoco resuelve los problemas de seguridad, ya que, en definitiva, obligaría a un traslado permanente de enfermos/internos. Ciertamente, que la opción de utilizar los servicios de salud civiles ha planteado muchos problemas y encuentra cierta resistencia en los gestores de los hospitales, debido a que tienen que introducir medidas de seguridad, que pueden ser inadecuadas para el resto de los enfermos internados.

A pesar de contar con los servicios sanitarios civiles, las prisiones deben de ofrecer una asistencia médica adecuada a las necesidades de la población penitenciaria, que garantice un servicio asistencial equivalente al que se ofrece en la sociedad libre. En la medida que sea viable y siempre que no represente un trato discriminatorio por estar internado, la sanidad penitenciaria debe procurar ofrecer el mayor número de servicios posible. Una cobertura sanitaria diferenciada por esta circunstancia constituye un grave acto de discriminación que puede ser considerado, en los casos más graves, como trato inhumano. Los servicios médicos de la prisión tienen que cubrir las labores de diagnóstico y tratamiento básicos de enfermedades físicas o mentales. La asistencia penitenciaria tiene que atender a una población muy heterogénea que, en ocasiones, requiere de tratamientos específicos para ciertas patologías crónicas en prisión. Este es el caso de la odontología y, muy especialmente, de la psiquiatría. Es la propia situación de privación de libertad la fuente de numerosos desequilibrios en las personas que exigen de la presencia de especialistas en psiquiatría ("*Deberán comprender un servicio psiquiátrico para el diagnóstico y, si fuere necesario, para el tratamiento de los casos de enfermedades mentales*". Regla 22. Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos). También exigen las normas internacionales que los establecimientos cuenten con odontólogos y oftalmólogos y en los centros de mujeres un servicio de obstetricia ("*En los establecimientos para mujeres deben existir instalaciones especiales para el tratamiento de las reclusas embarazadas, de las que acaban de dar a luz y de las convalecientes*" Regla 22).

En una cárcel los servicios médicos cumplen un papel preventivo que trasciende de lo convencional. Los médicos deben inspeccionar los establecimientos para denunciar todas las deficiencias que puedan originar perjuicios para la salud. Así mismo, los médicos tienen la misión de examinar a los internos en situaciones críticas, como el ingreso, los registros corporales, las estancias en celdas de aislamiento, o cuando han soportado medios coercitivos y, también, para detectar los posibles casos de tortura. En estos supuestos la asistencia médica cumple un papel nuclear para evitar que los internos sean sometidos a tratamientos inhumanos. El Tribunal Europeo de DDHH (26 de octubre 2002. Par. 94) ha destacado esta importante función de la medicina penitenciaria, señalando en reiteradas ocasiones que la desatención médica constituye en sí mismo un caso de trato inhumano. Los médicos tienen un deber positivo de velar para que no se produzcan actos de tortura o de tratos degradantes y los sistemas penitenciarios tienen que prever la posibilidad de que el personal facultativo pueda expresarse sobre estas cuestiones, siendo recomendable que el mismo se incorpore a los órganos colegiados del centro para asegurar que su opinión va a ser oída y atendida. En concreto, la inspección médica regular, conforme a lo exigido por las Reglas Penitenciarias Europeas deben tener en cuenta las siguientes circunstancias:

"*a) la cantidad, la calidad, la preparación y la distribución de los alimentos y del agua;*
b) la higiene y la limpieza de la prisión y de los detenidos;
c) las instalaciones sanitarias, la calefacción, la iluminación y la ventilación de la prisión, y

d) *La pertinencia y la limpieza de la ropa de los detenidos y la ropa de sus camas*." (Regla 44).

Por otra parte, las circunstancias de aislamiento geográfico de los centros y las dificultades de acceder al interior requieren de una presencia continuada de la asistencia médica. No basta con cubrir las horas laborales porque la población penitenciaria soporta un riesgo continuado que exige una asistencia igualmente ininterrumpida, de manera que cada establecimiento tienen que contar, al menos, con un médico permanente de medicina general y un sistema protocolizado de excarcelación para los casos de urgencias ("*Se adoptarán las medidas necesarias para asegurar que en todo momentos pueda intervenir un médico diplomado sin demora en caso de urgencias*" Regla 41. Reglas Penitenciarias Europeas).

II. La actividad médica está protegida por el secreto profesional, lo que plantea algunos problemas en el escenario de una prisión. Salvo que el interno presente una patología que sea contagiosa para terceras personas, en cuyo caso procederá el aislamiento preventivo del mismo, el historial médico solo puede ser conocido por el personal sanitario, el cual responderá también de la custodia de los expedientes.

9.1.3. Educación

Junto al trabajo penitenciario, la educación es el otro eje sobre el que se estructuró el penitenciarismo positivista del siglo XIX y, aun hoy, las legislaciones siguen insistiendo en vincular las carencias educativas con las tendencias delictivas de los individuos para seguir sustentando unos modelos muy similares a los clásicos. Esta circunstancia va en detrimento de una concepción laica de la educación penitenciaria que, sin duda, favorecería su normalización y eficacia. En un sistema penitenciario moderno la educación no puede concebirse como la regeneración o redención moral de los condenados, sino como un instrumento de instrucción sistemática de conocimientos de las ramas del saber y habilidades que permiten un desarrollo integral de la personalidad. Esta concepción de la educación, como parte del ejercicio de los derechos fundamentales de las personas se ve obstaculizada por el empeño en seguir incentivando la participación mediante beneficios penitenciarios. Salvo que se pueda demostrar lo contrario, en algún caso particular, la no conclusión de los programas educativos o las carencias educativas de un condenado no necesariamente están en la etiología de sus carreras criminales. Esto no quiere, en absoluto, decir, que no lo esté, en ocasiones, ni tampoco puede concluirse que, al no ser así, el Estado no tiene obligación de asumir la oferta educativa en el sistema penitenciario de un país.

La población penitenciaria, no tanto por haber cometido delitos, sino por pertenecer a los estratos más depauperados de la estructura social, presenta frecuentemente graves carencias educativas, incluso de alfabetización. Esta lacra se manifiesta todavía con más intensidad en las mujeres reclusas.

La carencia en la formación es un obstáculo para la reinserción social. Aquellas personas que tienen una mayor cualificación ofrecen unas bases más favorables para responder positivamente a un programa resocializador. La formación, en estos casos, no juega de forma directa en relación con la resocialización, sino indirectamente, impidiendo que el interno tenga un sentimiento de minusvaloración.

Uno de los problemas más complejos de superar en la educación penitenciaria es la orientación que debe darse a los programas educativos, Si estos han de ser estrictamente escolares o, por el contrario, son parte del tratamiento y forman parte de la actividad terapéutica y tienen como objetivo la compensación del déficit de socialización. Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas se inclinan a favor de la diferenciación de ambas actividades. A tenor del art. 77 se caracteriza la instrucción como algo distinto del tratamiento y con los siguientes objetivos: *"1) Se tomarán disposiciones para mejorar la instrucción de todos los reclusos capaces de aprovecharla, incluso la instrucción religiosa en los países en que esto sea posible. La instrucción de los analfabetos y la de los reclusos jóvenes será obligatoria y la administración deberá prestarle particular atención. 2) La instrucción de los reclusos deberá coordinarse, en cuanto sea posible, con el sistema de instrucción pública a fin de que al ser puesto en libertad puedan continuar sin dificultad su preparación"*. Como puede observarse se hace una especial referencia a la conveniencia de normalizar las actividades educativas.

En términos parecidos se expresan las Reglas Penitenciarias Europeas, señalando en la R. 28.7 que en la medida de lo posible, la formación de los detenidos debe integrarse en el sistema educativo común e, incluso, establece como directriz la conveniencia de que se imparta en colaboración con las instituciones educativas de la sociedad libre, lo que, sin duda, es una medida plausible, ya que favorecerá la armonización y normalización de esta actividad y además, abre una nueva vía de comunicación con la sociedad libre. Los programas educativos son un medio idóneo para que los internos mantengan vivos sus contactos con la sociedad libre. En este sentido es recomendable que se contemple entre las razones que pueden justificar una salida o un traslado de un centro a otro las necesidades de asistir a una actividad de este tipo.

En un Estado democrático la enseñanza estatal a determinados grupos sociales debe tener unos contenidos ideológicos neutrales. Este compromiso democrático es aún más evidente cuando los educandos son personas adultas y los programas educativos se hacen en un contexto, el penitenciario, propicio para relaciones de poder jerarquizado que favorecen el sometimiento de los educandos. Solo es posible dentro de las cárceles ofertar una enseñanza laica con idénticos contenidos a los que los servicios educativos públicos ofrecen en la sociedad libre.

A pesar de lo anterior tanto la ciencia pedagógica, como penitenciaria reconocen que la enseñanza dentro de prisiones tiene que tener unos contenidos específicos. Desde una óptica pedagógica porque la crisis de la escolarización así lo exige. El aceleramiento de la

historia, el incremento cuantitativo de los conocimientos científicos y técnicos, el propio sistema socio-económico, que exige una enseñanza a dos niveles —técnico y socio-cultural—, o la misma valoración y la cultura del ocio en una sociedad, en el que existe cada vez más tiempo libre, exige huir de modelos educativos estandarizados. El proceso educativo no puede limitarse ni geográficamente a la escuela, ni temporalmente a los primeros años de vida, sino que el tiempo educativo abarca la totalidad de la persona en-vías-de-creación.

Desde el punto de vista penitenciario tampoco es aconsejable una educación estrictamente escolar, que no tuviera en cuenta el contexto penitenciario en el que se desarrolla, no solo por el espacio, sino también por el alumno. Las legislaciones penitenciarias se muestran a favor de un concepto amplio de educación en el que se incluye, además de la actividad propiamente formativa, la capacitación laboral, las actividades culturales y creativas, la educación física y el deporte, la educación social y los servicios de biblioteca. El "*interno-educando*" es un cliente difícil y no porque tenga una capacidad intelectual distinta, lo que científicamente no ha llegado nunca a demostrarse, sino porque se trata de un grupo de personas que han sufrido los problemas de la desviación social y ello les hace poco receptivos a las ofertas institucionalizadas dentro de la prisión. Como en tantos otros aspectos la respuesta es diferente según el tipo de interno de que se trate. Paradójicamente, es entre los jóvenes en donde más necesidades hay, donde resulta más complejo arrancar su colaboración activa en los programas educativos. Pero tampoco puede ignorarse, en general, la presión psicológica que ejerce la privación de libertad sobre la comunidad penitenciaria, el ambiente es el menos recomendable para asegurar un mínimo éxito en los programas educativos y, en consecuencia, los rendimientos escolares son comparativamente muy bajos. Todas estas circunstancias recomiendan introducir modificaciones en los programas educativos oficiales cuando van a ser implementados en una prisión.

La enseñanza penitenciaria debe responder a un modelo equilibrado entre la enseñanza oficial y la pedagogía social. Confundir tratamiento con educación puede terminar convirtiendo la educación en adoctrinamiento sin garantías de respeto al derecho al libre desarrollo de la personalidad. La oferta educativa debe estar en manos de profesionales pedagogos, quienes no solo tienen que concretar los contenidos de los programas, sino también valorar, en cada caso, la oportunidad de que el rendimiento sea premiado con beneficios penitenciarios. Como vimos antes en las recomendaciones europeas y, como señalan los Principios y Buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas, debe fomentarse que la responsabilidad de estos programas educativos esté en manos de personal docente que procede del exterior, de esta manera se asegura una nueva vía de comunicación con el mundo libre. Sin embargo, la entrada de profesores del exterior, muy especialmente, en los centros de grandes dimensiones se ve dificultada por cuestiones regimentales, a veces, solo se permite para la realización de exámenes o pruebas concretas pero no para otras actividades docentes.

Nuestras legislaciones no contemplan la obligación de la Administración penitenciaria de informar regularmente a los internos de las ofertas educativas a las que pueden

concurrir. La información es importante ya que el interno no puede obtenerla por otras vías. Una información detallada y actual sobre cursos, seminarios, becas o subvenciones es una forma sencilla de animar a inscribirse y participar en ellas.

Una cuestión controvertida en torno a la educación en el medio penitenciario es si la misma debe o no ser gratuita. La tendencia actual establece las siguientes políticas en función de la naturaleza de la actividad educativa dentro del programa educativo penitenciario mínimo:

- Garantizar la oferta en todos los establecimientos de recursos educativos para las personas con carencias de alfabetización y para los jóvenes. "*La instrucción de los analfabetos y la de los reclusos jóvenes, señala el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, será obligatoria y la administración deberá prestarle particular atención*" (art. 77). Este deber de prestarle particular atención cristaliza a nuestro juicio en un doble deber para todos los sistemas penitenciarios que han suscrito el Pacto: por una parte, la oferta debe ser gratuita, continua y dinámica, ajustada en todo momento a las necesidades de la población penitenciaria interna en el establecimiento; por otra parte, debe ser incentivada. Hasta dónde puede llegar esa incentivación lo vamos a ver a continuación.
- Ofrecer, en la medida de lo posible, programas de educación elemental con carácter gratuito para todos los internos que lo necesiten, asegurándose, como hemos visto, que los mismos concluyan con titulaciones idénticas a las enseñanzas oficiales del país. Esta oferta se hace extensiva a la capacitación profesional.
- En tercer lugar, asegurar que aquellos internos que los deseen puedan continuar sus estudios universitarios o iniciar una enseñanza reglada no obligatoria. En relación a estos estudios superiores la Administración penitenciaria no asume la gratuidad de los mismos, pero si se compromete a facilitar las gestiones administrativas –preinscripción, matriculación, solicitud de becas, asistencia a exámenes, comunicaciones especiales con los profesores, notificaciones, etc.–.
- Por último, el amplio y diverso espectro de actividades formativas no regladas, es decir, que no tienen reconocimiento oficial dentro de la legislación de cada país, sin que ello signifique desprotección, deberá resolverse de acuerdo con la especificidad de cada caso y en coherencia con los principios generales que informan toda la actividad educacional. Cuando estas actividades, entre las que se incluyen cursos de capacitación laboral sean directamente productivas deberán de ser retribuidas conforme a los convenios y la legislación laboral.

  El éxito o fracaso de los programas educativos, ya sea insertos en programas terapéuticos más amplios, o sean elegidos por el propio interesado depende de una serie de factores controlados por la Administración penitenciaria. Veamos un par de ellos:
- Penas cortas y penas largas. Las primeras deben prever la posibilidad de continuidad tras la liberación del programa iniciado dentro del establecimiento. La segunda requiere una mayor atención a la incentivación ya que los penados a largas penas suelen ser presos de la apatía y desinterés generalizado.

- Condiciones materiales del centro. Instalaciones y material docente, como también especial atención a las necesidades del educando juega un papel relevante en el abandono del programa.

En un sistema de organización social cerrado y marcadamente carencial las posibilidades de ofrecer incentivos para fomentar la participación activa en los programas educativos son muy elevadas. Las bondades de fomentar la educación no permiten, sin embargo, que sea válido cualquier incentivo. La experiencia demuestra que, de no ordenarse su concesión, se corre el riesgo de instrumentarlos para practicar una suerte de discriminación positiva que permita una excarcelación adelantada o una prisión privilegiada, concedida gracias a la ambigüedad de los criterios académicos de rendimiento.

Nos encontramos con distintos modelos para estimular a los internos a participar en su formación. El más convencional es convertirlo en obligatoria. Así, el art. 26 de la DUDH, señala que "*la instrucción elemental será obligatoria*". Aunque la mayoría de las legislaciones nacionales así lo hacen, sobretodo, cuando se trata de enseñanza básica, sin embargo, muy pocas dan el paso de sancionar disciplinariamente el incumplimiento. De manera que la obligación se dibuja más como una directriz de política penitenciaria o como un compromiso generalizado para todos, tanto para los internos, como para la Administración– de fomentar esa actividad.

Un modelo también muy común en nuestros sistemas penitenciarios plantea traducir el rendimiento académico en cuotas de libertad que se restan de la pena por cumplir. A nuestro juicio, convertir la pena justa en una moneda de cambio es inaceptable para los postulados de la seguridad jurídica y, menos aún, puesto en manos de la Administración penitenciaria sin control judicial de ningún tipo. Solo en contadas ocasiones cuando la actividad educativa se integre en un programa de capacitación para personas con necesidades espaciales puede seducir semejante chalaneo de la pena. Tampoco vemos inconveniente que el estímulo se concrete en becas o ayudas para la adquisición de material docente o, incluso, en recompensas.

Otra fórmula empleada para el fomento de esta actividad, que nos parece legítima y positiva, es asegurar que la participación de un interno en un programa educativo no sea un obstáculo para concurrir en el mercado laboral penitenciario, para ello la actividad educativa tendrá a todos los efectos la consideración de actividad laboral. Algunas legislaciones, como la alemana, aseguran que si el interno participa en un curso de formación, profesional, reciclaje, perfeccionamiento o similares y, por este motivo, tiene que dejar de trabajar, recibe un subsidio económico de formación de igual cantidad que la remuneración por trabajo que se le haya reducido por ese concepto. Esta equivalencia solo jugará en favor del educando y, no en su contra, de forma que el régimen disciplinario laboral no estará amparado por esta equivalencia.

9.1.4. Alimentación

La alimentación se encuentra relacionada con el derecho a la salud, así lo entienden la mayoría de los textos que regulan las condiciones alimenticias como concreción de la obligación de velar por la salud. En relación con ella la Administración asume un triple compromiso. En primer lugar, se obliga a suministrar a todos los internos, sea cual sea su situación, una alimentación, incluida el agua potable, la cual debe estar accesible siempre, que responda en cantidad, calidad y condiciones higiénicas a los estándares convencionales de adecuación y suficiencia (Principio XI de Principios y Buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas). Razones de edad, de embarazo, de trabajo o médicas pueden exigir un cambio de régimen alimenticio ordinario. El médico es la única persona autorizada para proponer que un determinado paciente reciba un régimen de alimentos especial. Implícitamente se reconoce que no pueden imponerse sanciones que limiten el derecho a acceder a esta alimentación equilibrada. Toda restricción alimentaria concebida como castigo es, por tanto, un trato inhumano y degradante del interno "*Su suspensión o limitación, como medida disciplinaria, deberá ser prohibida por la ley*". Principio XI. Principios Buenas Prácticas).

En segundo lugar, el alimento tiene una dimensión cultural y, en este sentido, imponer determinadas pautas de alimentación es tanto como imponer una cultura hegemónica sobre otra minoritaria. Esta imposición, en contra de las convicciones de la persona, constituye un atentado contra el derecho a la libertad. La alimentación que se ofrece ha de ser respetuosa con las creencias, las culturas y las convicciones religiosas o filosóficas del interno. La cada vez mayor presencia de distintas culturas conviviendo en un mismo centro penitenciario ha convertido el reconocimiento a la diversidad dietética por razones étnicas y culturales en un problema complejo. Deben tomarse todas las medidas posibles para asegurar el respeto a la identidad cultural, ahora bien, como ocurre con el resto de los derechos, a veces el escenario penitenciario no permite respetar esa diversidad. En primer lugar, debe tenerse en cuenta que la Administración solo está obligada a respetar las dietas específicas por motivos religiosos, cuando la confesión de que se trate tiene incorporado como rito esencial sin alternativas posible una determinada dieta, por otra parte, ha de considerarse que el internamiento en un establecimiento penitenciario puede limitar el ejercicio de estos derechos cuando sean incompatibles con la seguridad. Así, por ejemplo, resulta, en ocasiones imposible adecuar los horarios de un centro a los del mes de Ramadán entre los practicantes del Islán.

El tercer compromiso que asume la Administración penitenciaria exige que la alimentación sea distribuida de manera equilibrada a lo largo del día. El principio XI de los Principios y Buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas señala que la alimentación será brindada en horarios regulares, las Reglas Mínimas, por su parte, exige que la alimentación se proporcione a las horas acostumbradas y las Normas Penitenciarias Europeas "*que se sirvan tres comidas diarias*" (art. 22).

9.1.5. Higiene

I. Las condiciones higiénicas tienen una dimensión general y otra personal. En su dimesión general, la higiene no solo es exigible para asegurar unas condiciones sanitarias adecuadas, sino también para la confortabilidad. Las zonas comunes, pero, sobre todo, las celdas han de mantenerse en un aceptable estado de conservación y limpieza. Una celda es confortable cuando es cómoda, es decir, cuando sus elementos resultan favorables para el desarrollo de la vida dentro de ella. La posibilidad de que los internos mantengan unas condiciones higiénicas similares a las convencionales en la sociedad libre determina a la larga el mantenimiento del respeto por ellos mismos. Que mantengan limpios sus cuerpos es importante para el bienestar de todos, incluida toda la comunidad penitenciaria, es decir, trabajadores y personas del exterior. Ahora bien la higiene es un valor diverso en cada cultura e, incluso, en cada estamento socio-económico, pero la prisión no permite distintos niveles de higiene lo que provoca una estandarización e imposición para ciertas personas. Es por esto que la higiene es empleada, con frecuencia, en las instituciones totales como un instrumento disciplinario. La uniformidad, por si misma, no es más higiénica, salvo que entendamos la higiene en un sentido militar. Únicamente las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos pone el acento en el aspecto personal como elemento higiénico y señala que "*se facilitará a los reclusos medios para el cuidado del cabello y de la barba, a fin de que se presenten de un modo correcto y conserven el respeto de sí mismos; los hombres deberán poder afeitarse con regularidad*" (art. 16). Solo aquellas condiciones que tienen una razonable proporción con los fines de salubridad y confort pueden ser disciplinariamente exigidas. Al interno no se le rapará en ningún caso, ni como forma de identificación, ni como sanción.

La limpieza de las celdas forma parte de las actividades que sus propios moradores deben de asumir, otra cosa distinta es la limpieza de las zonas comunes, que debe ser tratada como trabajo penitenciario (vid. Capítulo 8). No se trata de ahorrar recursos sino de respetar la intimidad y favorecer la autorresponsabilidad en la ordenación de los espacios más personales.

La Administración ha de proporcionar los artículos de higiene, limpieza y mantenimientos necesarios (art. 19 Reglas Penitenciarias Europeas), aun cuando los propios internos tengan recursos propios para adquirirlos.

II. Junto a la limpieza de los espacios esta la higiene personal. La convivencia en un espacio tan acotado convierte la higiene personal en algo que interesa a todos. Para asegurar las condiciones mínimas de higiene las Administración pone a disposición de los internos unas "*instalaciones sanitarias higiénicas y suficientes, que aseguren su privacidad y dignidad*". Las Normas Penitenciarias Europeas detallan más las mismas y señalan que "*las instalaciones de baño y de ducha serán suficientes para que cada detenido las pueda utilizar, a una temperatura adaptada al clima, preferentemente una vez al día, y como mínimo dos veces por semana (o con mayor frecuencia, si es necesario) en interés de*

la higiene general" (art. 19). Es importante que los internos tengan acceso a los sanitarios en cualquier momento, salvo en situaciones justificadas de especial peligrosidad. Nadie debe ser puesto en una posición en la que cada vez que tenga necesidades básicas dependa de un vigilante para abrir y conducirlo al baño. Durante el tiempo en el que el interno está haciendo uso de un sanitario debe ser preservada su intimidad ("*Los detenidos disfrutarán de un acceso fácil a las instalaciones sanitarias, que serán higiénicas y protegerán su intimidad*" R. 19.3 Reglas Penitenciarias Europeas). En ocasiones se comparte un mismo espacio para la comida y para los sanitarios, lo que genera situaciones desagradables que pueden evitarse con un diseño adecuado de habitabilidad.

Las instalaciones del baño deben ser idóneas y estar sometidas a controles sanitarios regulares. Las condiciones de limpieza de estos espacios invitan a los internos a hacer uso de ellos y les ayuda a mantener su dignidad. Se debe de hacer un esfuerzo organizativo para permitir a los internos acceder a estos servicios de limpieza de forma flexible, pero muy especialmente, después de haber realizado una jornada laboral o un trabajo extraordinario. Las duchas en aquellos lugares en los que lo exigen las condiciones climáticas deben estar provistas de agua fría y caliente.

Todas las normas internacionales insisten en que la diversidad de algunas personas justifica unas atenciones higiénicas distintas. Este es el caso de las mujeres a las que se les presta especial atención en este ámbito exigiéndose que se le suministre desde el ingreso unos recursos higiénicos específicos. Es muy importante que las mujeres internas puedan acceder a este material de higiene específico de forma que no se les haga sentirse incómodas ni que se vulnere su intimidad. El procedimiento de distribución tiene que ser lo más ágil y reservado posible.

La higiene también exige que ciertas prácticas en el suministro de la alimentación queden prescritas. En la cocina y su entorno se deben extremar las medidas higiénicas. Los internos deben de comer en lugares adecuados y se les debe de proveer de cubiertos para que no coman con las manos.

9.1.6. Ropa

Las prendas de vestir sirven para recubrir el cuerpo humano, pero constituyen signos de identidad y nos comunican con los demás. Para los internos cuya autoestima, debido, entre otras razones al encarcelamiento, es muy baja, poder disfrutar de unas prendas dignas les puede significar una ayuda. Hay una pacífica convención en que las prendas no deben tener ningún signo que identifique a sus portadores con la condición de privados de libertad: Ni números, ni tablillas con el nombre ni otros signos que puedan llevar una carga estigmatizante, pueden permitirse. La prisión es una sociedad civil que en absoluto justifica tratamientos de uniformidad. Ucrania fue denunciada ante el Tribunal Europea de DDHH, porque obligaba a los condenados a cadena perpetua a llevar un mono de color naranja con las palabras "*condenados*

a cadena perpetua". Es más, las investigaciones coinciden en destacar la importancia de preservar el principio de diversidad, lo que comienza por los aspectos de apariencia exterior de las personas. Cuanto mayor sea la identificación uniformada con el grupo, mayores serán los índices de prisionalización y las barreras que obstaculizan la aproximación a la sociedad libre. Ciertas comunidades indígenas tienen sus ropas diferenciadas porque con ellas se manifiesta determinada posición en su organización social y el respeto a esa diversidad cultural implica permitir esos símbolos, aun cuando no coincidan con los parámetros convencionales del vestir. "*El vestido que deben utilizar las personas privadas de libertad será suficiente y adecuado a las condiciones climáticas, y tendrá en cuenta la identidad cultural y religiosa de las personas privadas de libertad. En ningún caso las prendas de vestir podrán ser degradantes ni humillantes*". Principio XII. Principios Buenas Prácticas).

La posibilidad de que la población penitenciaria lleve uniforme es objeto de debate en la actualidad. Muchos países, entre otros USA, los tienen incorporados regularmente, aunque carentes de signos. Las Reglas mínimas para el Tratamiento de los Reclusos se inclina, implícitamente, por la posibilidad de su uso ("*en circunstancias excepcionales, cuando el recluso se aleje del establecimiento para fines autorizados, se le permitirá que use sus propias prendas o vestidos que no llamen la atención*" (R.17.1) y, expresamente, en relación con los preventivos ("*Si lleva el uniforme del establecimiento, éste será diferente del uniforme de los condenados*" R. 88). También las Normas Penitenciarias Europeas permiten llegar a la misma conclusión ("*Cuando un detenido salga de la prisión con un permiso, no se le obligará a llevar una indumentaria que le identifique como recluso*" R. 20.4). La Comisión Europea de Derechos Humanos sostiene que el uso de uniforme puede estar justificado por el interés superior de la seguridad pública y la prevención (Caso McFeeley c. Reino Unido de 15 de mayo de 1980). Sin embargo, el caso no extrapolable porque se trataba de miembros de una organización terrorista. No concurriendo esas circunstancias debe primar el principio de normalización y prohibirse, también dentro de las prisiones los uniformes, ya que no solo crean una sociedad artificial carcelaria ajena a la sociedad libre, sino que favorecen la prisionalización, lo que es un obstáculo para los procesos de reinserción social.

Cuando las condiciones de la ropa, que trae el ingresado, sean contrarias a las exigencias de la higiene la Administración penitenciaria en el ejercicio del deber por velar por la dignidad y la salud de los privados de libertad les proveerá de prendas de vestir. Esta obligación es universal y se atenderá a ella con independencia de la condición del interno. Incluso, eventualmente, se entregará prendas de vestir a los hijos que ingresan con sus madres al establecimiento. Una vez que la ropa es entregada al interno por la Administración del centro, esta pasará a formar parte de sus enseres personales y merecerá la misma protección jurídica que se conceda a estos. También se genera el deber del interno de mantener las prendas recibidas en buen estado. Para esto se les debe proveer de medios para la limpieza y reparación de las ropas.

La sustitución de la ropa que la persona trae por una nueva suministrada por la administración no puede ser impuesta, ni la resistencia objeto de sanción. Salvo que la ropa esté en un estado deterioro que pueda constituir un riesgo para la sanidad y la higiene general, debe primar siempre la voluntad del interno, a quien se le ofrecerá para que decida si quiere o no sustituir su vestimenta.

Son frecuentes las quejas de los internos sobre la limpieza de la ropa. El deber de suministrar la ropa, que incluye también, la de la cama se extiende al mantenimiento de la misma en condiciones de uso. En algunas ocasiones las demandas de los internos por la imposibilidad de lavar la ropa ha llegado a la Corte Europea de Derechos Humanos, la cual se ha pronunciado considerando que la misma constituye un trato degradante en contra de lo establecido por los tratados derechos humanos (EComHR, en el caso Hurtado vrs. Suiza de 8 de julio de 1993).

9.1.7. Cultura y deportes

A pesar de la importancia de desarrollar en el interior de las prisiones programas culturales "*Todos los reclusos tendrán derecho a participar en actividades culturales y educativas encaminadas a desarrollar plenamente la personalidad humana*" P. 9. Principios Básicos para el tratamiento de los Reclusos), las mayoría de las legislaciones y directrices consideran que dichas actividades se insertan dentro de los programas educativos. Incluso, también el deporte forma parte de la educación, aunque puede ser conveniente establecer, al menos dentro de las prisiones, unas diferencias entre los niveles de exigibilidad o incentivos que se apliquen a las actividades deportivas y los que se apliquen a las escolares. El deporte forma parte de nuestra cultura, a través de esta práctica la persona refleja el funcionamiento social y las vivencias y convivencias de las personas que participan del funcionamiento social. La actividad deportiva es un elemento que favorece la idea de equipo y de cohesión frente a unos objetivos comunes. Pero el deporte en el medio penitenciario encuentra serias dificultades para convertirse en un ejercicio social y, por el contrario, se entiende unidimensionalmente como amortiguador de ansiedades y impulsos agresivos de los internados. La práctica deportiva penitenciaria se caracteriza por ser monótona y muy competitiva, sigue formas estresantes como medio para descargar las tensiones estructurales que genera el internamiento.

En ocasiones, como sucede con la Constitución española, el acceso a la cultura de los internos se recoge como derecho fundamental de las personas privadas de libertad (art. 25.2). Las actividades culturales son un complemento de los programas educativos y de formación laboral. Todos los centros penitenciarios deben de contar con la organización de actividades orientadas a desarrollar las capacidades sociales y laborales de los internos. Se trata de un conjunto de acciones situadas en el campo de la educación no formal y que permiten dar respuesta a otras necesidades educativas de los internos, ayudan a su desarrollo personal y social, estimulan la autoestima y motivan una actitud respetuosa.

Entre los daños más pronunciados de los que produce la prisión a los recluidos está la perdida de la autonomía y la creatividad. Las instituciones totales disciplinan al individuo hasta hacerles perder la conciencia de la individualidad. La expresión artística, por el contrario, es una forma de contrarrestar esos daños porque la persona encuentra un espacio para expresarse con toda libertad. Es conveniente que los internos tengan acceso a los espacios de esparcimiento y cultura y que puedan participar activamente en teatros, cine, radios, danzas, medios de comunicación internos o charlas.

Para asegurar esta participación de forma regular lo mejor es integrarlas en el régimen, de manera que los internos dedicaran, al menos, una vez por semana un tiempo dedicado a ellas ("*Todo detenido tendrá la oportunidad, si el tiempo lo permite, de hacer como mínimo una hora al día de ejercicio al aire libre*" R. 27.1. Reglas Penitenciarias Europeas). También es recomendable con ese mismo objetivo programas salidas al exterior que permitan ampliar la oferta cultural y deportiva.

9.1.8. La asistencia post penitenciaria

Como ya tuvimos ocasión de comentar no se concibe una pena privativa de libertad orientada a los fines resocializadores que no tuviera previsto una asistencia elemental para ayudar al egresado y su familia una vez que concluye la ejecución. Cuanto más larga haya sido la estancia en la prisión mayores van a ser las necesidades de contar con esa asistencia para poder reconstruir una vida que ha quedado radicalmente segada. El fundamento de esta asistencia está en los fines resocializadores de la pena, pero también en el principio de igualdad y en el modelo social del Estado, que le obliga a promocionar la integración positiva de las personas necesitadas, de ahí que tenga carácter universal y se aplique a todos los egresados sin considerar otras circunstancias que sus necesidades post penitenciarias.

Los servicios que atienden y gestionan estas necesidades no deben ser llevados por personas del interior de la prisión, a veces, es recomendable que sean organizaciones no gubernamentales las que asuman estas competencias. La burocratización y la falta de programas concretados hace que la Administración no resulte tan eficaz. También es recomendable que se asegure una coordinación con otras administraciones, por ejemplo, la municipal para hacer llegar esta asistencia.

Por lo común los sistemas penitenciarios incluyen tres tipos de ayuda post penitenciaria. La ayuda personal que asegura que el egresado va a contar con medios económicos para volver a su lugar de origen y para cubrir sus necesidades durante un tiempo que suele ser de unos meses, salvo que tenga recursos o encuentre un trabajo. Para determinar la cantidad que se abona se toma en cuenta los salarios mínimos interprofesionales. En segundo lugar, la ayuda para encontrar una vivienda y, por último, la ayuda laboral.

9.2. Estudio jurídico. Argentina

9.2.1. Derecho de acceso a:

9.2.1.1. Asistencia médica
9.2.1.2. Acceso a educación y deportes
9.2.1.3. Alimentación
9.2.1.4. Higiene personal y del lugar. Desinsectación y desinfección
9.2.1.5. Prendas de vestir, elementos que permitan habitabilidad

En las siguientes líneas abordaremos ciertos derechos económicos, sociales y culturales que deben ser protegidos por parte del Estado a las personas privadas de libertad, en sintonía con el deber de brindarles condiciones dignas de detención y entrega efectiva de servicios básicos a los reclusos.

9.2.1.1. Asistencia médica

La asistencia médica continua de las personas privadas de libertad constituye una herramienta central en lo que respecta a la tutela de sus derechos fundamentales. Amén de la atención médica mientras dure la privación de libertad, debe proveerse un examen médico y psicológico inicial, salvaguarda importante para determinar no sólo el estado de salud general de la persona al ingresar a una cárcel sino también para establecer si ha sido objeto de apremios o torturas por parte del personal policial.

Por ello, la asistencia médica integral permite no sólo determinar si el preso necesitará algún tipo de tratamiento médico, sino también se erige como una medida de prevención de la tortura y puede resultar un dispositivo para brindar información a los presos sobre enfermedades de transmisión sexual.

Por último, no debe perderse de vista que la asistencia médica se vincula de manera directa y exclusiva con el derecho al goce de la salud y por lo tanto, estamos en presencia de un derecho no afectado por la condena, tal como lo especifica el art. 2 de la ley 24.660.

Normativa que regula el derecho de las personas privadas de libertad a recibir asistencia médica

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	
Art. 12	1. Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: (…) d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.
RMTR	
22.1	Todo establecimiento penitenciario dispondrá por lo menos de los servicios de un médico calificado que deberá poseer conocimientos psiquiátricos. Los servicios médicos deberán organizarse íntimamente vinculados con la administración general del servicio sanitario de la comunidad o de la nación. Deberán comprender un servicio psiquiátrico para el diagnóstico y, si fuere necesario, para el tratamiento de los casos de enfermedades mentales.
22.2	Se dispondrá el traslado de los enfermos cuyo estado requiera cuidados especiales a establecimientos penitenciarios especializados o a hospitales civiles. Cuando el establecimiento disponga de servicios internos de hospital, éstos estarán provistos del material, del instrumental y de los productos farmacéuticos necesarios para proporcionar a los reclusos enfermos los cuidados y el tratamiento adecuados. Además, el personal deberá poseer suficiente preparación profesional.
22.3	Todo recluso debe poder utilizar los servicios de un dentista calificado.
23.1	En los establecimientos para mujeres deben existir instalaciones especiales para el tratamiento de las reclusas embarazadas, de las que acaban de dar a luz y de las convalecientes. Hasta donde sea posible, se tomarán medidas para que el parto se verifique en un hospital civil. Si el niño nace en el establecimiento, no deberá hacerse constar este hecho en su partida de nacimiento.
23.2	Cuando se permita a las madres reclusas conservar [a] su niño, deberán tomarse disposiciones para organizar una guardería infantil, con personal calificado, donde estarán los niños cuando no se hallen atendidos por sus madres.
24	El médico deberá examinar a cada recluso tan pronto sea posible después de su ingreso y ulteriormente tan a menudo como sea necesario, en particular para determinar la existencia de una enfermedad física o mental, [y] tomar en su caso las medidas necesarias; asegurar el aislamiento de los reclusos sospechosos de sufrir enfermedades infecciosas o contagiosas; señalar las deficiencias físicas y mentales que puedan constituir un obstáculo para la readaptación, y determinar la capacidad física de cada recluso para el trabajo.
25.1	El médico velará por la salud física y mental de los reclusos. Deberá visitar diariamente a todos los reclusos enfermos, a todos los que se quejen de estar enfermos y a todos aquellos sobre los cuales se llame su atención.
25.2	El médico presentará un informe al director cada vez que estime que la salud física o mental de un recluso haya sido o pueda ser afectada por la prolongación, o por una modalidad cualquiera de la reclusión.

26.1	El médico hará inspecciones regulares y asesorará al director respecto a: a. La cantidad, calidad, preparación y distribución de los alimentos; b. La higiene y el aseo de los establecimientos y de los reclusos; c. Las condiciones sanitarias, la calefacción, el alumbrado y la ventilación del establecimiento; d. La calidad y el aseo de las ropas y de la cama de los reclusos; e. La observancia de las reglas relativas a la educación física y deportiva cuando ésta sea organizada por un personal no especializado.
32.3	El médico visitará todos los días a los reclusos que estén cumpliendo tales sanciones disciplinarias e informará al director si considera necesario poner término o modificar la sanción por razones de salud física o mental.
Conjunto de Principios	
Principio 22	Ninguna persona detenida o presa será sometida, ni siquiera con su consentimiento, a experimentos médicos o científicos que puedan ser perjudiciales para su salud.
Principios de ética médica aplicables a la función del personal la de salud, especialmente los médicos, en la protección de personas presas y detenidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes	
Art. 1	La vocación del médico consiste en defender la salud física y mental del hombre, y en aliviar su sufrimiento respetando la vida y la dignidad de la persona humana, sin discriminación de edad, raza, religión, nacionalidad, condición social o ideología política o cualquier otra razón, tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra. El personal de salud, especialmente los médicos, encargado de la atención médica de personas presas o detenidas tiene el deber de brindar protección a la salud física y mental de dichas personas y de tratar sus enfermedades [con el] mismo nivel de calidad que brindan a las personas que no están presas o detenidas. Constituye una violación patente de la ética médica, así como un delito con arreglo a los instrumentos internacionales aplicables, la participación activa o pasiva del personal de salud, en particular de los médicos, en actos que constituyan participación o complicidad en torturas u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, incitación a ello o intento de cometerlos. Es contrario a la ética médica el hecho de que el personal de salud, en particular los médicos: a. Contribuyan con sus conocimientos y pericia a interrogatorios de personas presas y detenidas, en una forma que pueda afectar la condición o salud física o mental de dichos presos o detenidos y que no se conforme a los instrumentos internacionales pertinentes; b. Certifiquen, o participen en la certificación, de que la persona presa o detenida se encuentra en condiciones de recibir cualquier forma de tratamiento o castigo que pueda influir desfavorablemente en su salud física y mental y que no concuerde con los instrumentos internacionales pertinentes, o participen de cualquier manera en la administración de todo tratamiento o castigo que no se ajuste a lo dispuesto en los instrumentos internacionales pertinentes.

PTR	
Numeral 9	La participación del personal de salud, en particular los médicos, en la aplicación de cualquier procedimiento coercitivo a personas presas o detenidas es contraria a la ética médica, a menos que se determine, según criterios puramente médicos, que dicho procedimiento es necesario para la protección de la salud física o mental o la seguridad del propio preso o detenido, de los demás presos o detenidos, o de sus guardianes, y no presenta peligro para la salud del preso o detenido.
Declaración de Tokio de la Asociación Médica Mundial Directivas para Médicos con respecto a la Tortura y otros Tratos o Castigos Crueles, Inhumanos o Degradantes, impuestos sobre Personas Detenidas o Encarceladas	
	Los reclusos tendrán acceso a los servicios de salud de que disponga el país, sin discriminación por su condición jurídica. 1. El médico no deberá estar presente durante ningún procedimiento que implique el uso o amenaza de tortura, o de cualquiera otra forma de trato cruel, inhumano o degradante. 2. El médico no deberá favorecer, aceptar o participar en la práctica de la tortura o de otros procedimientos crueles, inhumanos o degradantes, cualquier sea el delito atribuido a la víctima, sea ella sospechosa, acusada o culpable, y cualquiera sean sus creencias o motivos y en toda situación, incluido el conflicto armado o la lucha civil. 3. El médico no proporcionará ningún lugar, instrumento, sustancia o conocimiento para facilitar la práctica de la tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, o para disminuir la capacidad de resistencia de la víctima a soportar dicho trato. 4. Cuando el médico preste asistencia médica a detenidos o prisioneros que son o podrían ser interrogados más adelante, debe ser muy cuidadoso para asegurar la confidencialidad de toda información médica personal. El médico debe informar a las autoridades correspondientes toda violación de la Convención de Ginebra. El médico no utilizará o permitirá que se use, en lo posible, conocimientos o experiencia médicos o información de salud específica de las personas con el fin de facilitar o ayudar de otra manera el interrogatorio, ya sea legal o ilegal, de dichas personas.
DADH	
Art. XI	Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad.
Principios y Buenas Prácticas	
Principio IX. Ingreso, registro, examen médico y traslados	Toda persona privada de libertad tendrá derecho a que se le practique un examen médico o psicológico, imparcial y confidencial, practicado por personal de salud idóneo inmediatamente después de su ingreso al establecimiento de reclusión o de internamiento, con el fin de constatar su estado de salud físico o mental, y la existencia de cualquier herida, daño corporal o mental; asegurar la identificación y tratamiento de cualquier problema significativo de salud; o para verificar quejas sobre posibles malos tratos o torturas o determinar la necesidad de atención y tratamiento. La información médica o psicológica será incorporada en el registro oficial respectivo, y cuando sea necesario, en razón de la gravedad del resultado, será trasladada de manera inmediata a la autoridad competente.

Principio X. Salud	Las personas privadas de libertad tendrán derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel posible de bienestar físico, mental y social, que incluye, entre otros, la atención médica, psiquiátrica y odontológica adecuadas; la disponibilidad permanente de personal médico idóneo e imparcial; el acceso a tratamiento y medicamentos apropiados y gratuitos; la implementación de programas de educación y promoción en salud, inmunización, prevención y tratamiento de enfermedades infecciosas, endémicas y de otra índole; y las medidas especiales para satisfacer las necesidades particulares de salud de las personas privadas de libertad pertenecientes a grupos vulnerables o de alto riesgo, tales como: las personas adultas mayores, las mujeres, los niños y las niñas, las personas con discapacidad, las personas portadoras del VIH-SIDA, de tuberculosis y las personas con enfermedades en fase terminal. El tratamiento deberá basarse en principios científicos y aplicar las mejores prácticas. En toda circunstancia, la prestación del servicio de salud deberá respetar los principios siguientes: confidencialidad de la información médica, autonomía de los pacientes respecto de su propia salud y consentimiento informado en la relación médico-paciente. El Estado deberá garantizar que los servicios de salud proporcionados en los lugares de privación de libertad funcionen en estrecha coordinación con el sistema de salud pública, de manera que las políticas y prácticas de salud pública sean incorporadas en los lugares de privación de libertad. Las mujeres y las niñas privadas de libertad tendrán derecho de acceso a una atención médica especializada, que corresponda a sus características físicas y biológicas, y que responda adecuadamente a sus necesidades en materia de salud reproductiva. En particular, deberán contar con atención médica ginecológica y pediátrica, antes, durante y después del parto, el cual no deberá realizarse dentro de los lugares de privación de libertad, sino en hospitales o establecimientos destinados para ello. En el caso de que ello no fuere posible, no se registrará oficialmente que el nacimiento ocurrió al interior de un lugar de privación de libertad. En los establecimientos de privación de libertad para mujeres y niñas deberán existir instalaciones especiales, así como personal y recursos apropiados para el tratamiento de las mujeres y niñas embarazadas y de las que acaban de dar a luz. Cuando se permita a las madres o padres privados de libertad conservar a sus hijos menores de edad al interior de los centros de privación de libertad, se deberán tomar las medidas necesarias para organizar guarderías infantiles, que cuenten con personal calificado, y con servicios educativos, pediátricos y de nutrición apropiados, a fin de garantizar el interés superior de la niñez.
Reglas de Bangogk	
Regla 6	El reconocimiento médico de las reclusas comprenderá un examen exhaustivo a fin de determinar sus necesidades básicas de atención de salud, así como determinar: a. La presencia de enfermedades de transmisión sexual o de transmisión sanguínea y, en función de los factores de riesgo, se podrá ofrecer también a las reclusas que se sometan a la prueba del VIH, impartiéndose orientación previa y posterior; b. Las necesidades de atención de salud mental, incluidos el trastorno postraumático del estrés y el riesgo de suicidio o de lesiones autoinfligidas; c. El historial de salud reproductiva de la reclusa, incluidos un posible embarazo en curso y los embarazos anteriores, los partos y todos los aspectos conexos; d. La presencia de problemas de toxicomanía; e) Abuso sexual y otras formas de violencia que se hayan sufrido antes del ingreso.

Regla 7	1. En caso de determinarse que la reclusa ha sufrido ab buso sexual u otra forma de violencia antes de su reclusión o durante ella, se le informará de su derecho a recurrir ante las autoridades judiciales. Se le informará exhaustivamente de los procedimientos correspondientes y sus etapas. Si la reclusa decide entablar acciones judiciales, se notificará de ello al personal correspondiente y se remitirá de inmediato el caso a la autoridad competente para que lo investigue. Las autoridades penitenciarias ayudarán a la mujer a obtener asistencia jurídica. 2. Decida o no la mujer entablar acciones judiciales, las autoridades penitenciarias se esforzarán por brindarle acceso inmediato a apoyo psicológico u orientación especializados. 3. Se elaborarán medidas concretas para evitar todo tipo de represalias contra quien prepare los informes correspondientes o entable acciones.
Regla 8	En todo momento se respetará el derecho de las reclusas a la confidencialidad de su historial médico, incluido expresamente el derecho a que no se divulgue información a ese respecto y a no someterse a reconocimiento en relación con su historial de salud reproductiva.
Regla 9	Si la reclusa está acompañada por un niño, se deberá someter también a este a reconocimiento médico, que realizará de preferencia un pediatra, a fin de determinar sus necesidades médicas y el tratamiento, si procede. Se brindará atención médica adecuada, y como mínimo equivalente a la que se presta en la comunidad. b) Atención de salud orientada expresamente a la mujer
Regla 10	1. Se brindarán a las reclusas servicios de atención de salud orientados expresamente a la mujer y como mínimo equivalentes a los que se prestan en la comunidad. 2. Si una reclusa pide que la examine o la trate una médica o enfermera, se accederá a esa petición en la medida de lo posible, excepto en las situaciones que requieran intervención médica urgente. Si pese a lo solicitado por la reclusa, el reconocimiento es realizado por un médico, deberá estar presente un miembro del personal penitenciario femenino.
Regla 11	1. Durante el reconocimiento médico deberá estar presente únicamente personal médico, a menos que el doctor considere que existen circunstancias extraordinarias o que pida la presencia de un miembro del personal penitenciario por razones de seguridad, o si la reclusa solicita expresamente esa presencia, como se indica en la regla 10, párrafo 2, supra. 2. Si durante el reconocimiento médico se requiere la presencia de personal penitenciario no médico, dicho personal deberá ser femenino, y el reconocimiento se realizará de manera tal que se proteja la intimidad y la dignidad de la reclusa y se mantenga la confidencialidad del procedimiento.
Regla 12	Se pondrán a disposición de las reclusas con necesidades de atención de salud mental, en prisión o en un entorno no carcelario, programas amplios de atención de salud y rehabilitación individualizados, que tengan en consideración las cuestiones de género y estén habilitados para el tratamiento de los traumas.
Regla 13	Se deberá sensibilizar al personal penitenciario sobre los posibles momentos de especial angustia para las mujeres, a fin de que pueda reaccionar correctamente ante su situación y prestarles el apoyo correspondiente.

Observación General N° 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud —partes seleccionadas—

4.(...) los Estados tienen la obligación de respetar el derecho a la salud, en particular absteniéndose de denegar o limitar el acceso igual de todas las personas, incluidos los presos o detenidos, los representantes de las minorías, los solicitantes de asilo o los inmigrantes ilegales, a los servicios de salud preventivos, curativos y paliativos; abstenerse de imponer prácticas discriminatorias como política de Estado; y abstenerse de imponer prácticas discriminatorias en relación con el estado de salud y las necesidades de la mujer.

La salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente. La efectividad del derecho a la salud se puede alcanzar mediante numerosos procedimientos complementarios, como la formulación de políticas en materia de salud, la aplicación de los programas de salud elaborados por la Organización Mundial de la Salud (OMS) o la adopción de instrumentos jurídicos concretos. Además, el derecho a la salud abarca determinados componentes aplicables en virtud de la ley.

12.b) Accesibilidad. Los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte. La accesibilidad presenta cuatro dimensiones superpuestas:

- No discriminación: los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles, de hecho y de derecho, a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos.
- Accesibilidad física: los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance geográfico de todos los sectores de la población, en especial [de] los grupos vulnerables o marginados, como las minorías étnicas y poblaciones indígenas, las mujeres, los niños, los adolescentes, las personas mayores, las personas con discapacidades y las personas con VIH/SIDA. La accesibilidad también implica que los servicios médicos y los factores determinantes básicos de la salud, como el agua limpia potable y los servicios sanitarios adecuados, se encuentren a una distancia geográfica razonable, incluso en lo que se refiere a las zonas rurales. Además, la accesibilidad comprende el acceso adecuado a los edificios para las personas con discapacidades.
- Accesibilidad económica (asequibilidad): los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance de todos. Los pagos por servicios de atención de la salud y servicios relacionados con los factores determinantes básicos de la salud deberán basarse en el principio de la equidad, a fin de asegurar que esos servicios, sean públicos o privados, estén al alcance de todos, incluidos los grupos socialmente desfavorecidos. La equidad exige que sobre los hogares más pobres no recaiga una carga desproporcionada en lo que se refiere a los gastos de salud, en comparación con los hogares más ricos.

- Acceso a la información: comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de las cuestiones relacionadas con la salud. Con todo, el acceso a la información no debe menoscabar el derecho de que los datos personales relativos a la salud sean tratados con confidencialidad.

c) Aceptabilidad. Todos los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados, es decir, respetuosos de la cultura de las personas, las minorías, los pueblos y las comunidades, a la par que sensibles a los requisitos del género y el ciclo de vida, y deberán estar concebidos para respetar la confidencialidad y mejorar el estado de salud de las personas de que se trate.

d) Calidad. Además de aceptables desde el punto de vista cultural, los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser también apropiados desde el punto de vista científico y médico y ser de buena calidad. Ello requiere, entre otras cosas, personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas.

34. En particular, los Estados tienen la obligación de respetar el derecho a la salud, en particular absteniéndose de denegar o limitar el acceso igual de todas las personas, incluidos los presos o detenidos.

36. La obligación de cumplir requiere, en particular, que los Estados Partes reconozcan suficientemente el derecho a la salud en sus sistemas políticos y ordenamientos jurídicos nacionales, de preferencia mediante la aplicación de leyes, y adopten una política nacional de salud acompañada de un plan detallado para el ejercicio del derecho a la salud. Los Estados deben garantizar la atención de la salud, en particular estableciendo programas de inmunización contra las principales enfermedades infecciosas, y velar por el acceso igual de todos a los factores determinantes básicos de la salud, como alimentos nutritivos sanos y agua potable, servicios básicos de saneamiento y vivienda y condiciones de vida adecuadas. La infraestructura de la sanidad pública debe proporcionar servicios de salud sexual y genésica, incluida la maternidad segura, sobre todo en las zonas rurales. Los Estados tienen que velar por la apropiada formación de facultativos y demás personal médico, la existencia de un número suficiente de hospitales, clínicas y otros centros de salud, así como por la promoción y el apoyo a la creación de instituciones que prestan asesoramiento y servicios de salud mental, teniendo debidamente en cuenta la distribución equitativa a lo largo del país (...).

(...) Los Estados Partes también tienen la obligación de cumplir, facilitar un derecho específico enunciado en el Pacto en los casos en que los particulares o los grupos no están en condiciones, por razones ajenas a su voluntad, de ejercer por sí mismos ese derecho con ayuda de los medios a su disposición. La obligación de cumplir (promover) el derecho a la salud requiere que los Estados emprendan actividades para promover, mantener y restablecer la salud de la población. Entre esas obligaciones figuran las siguientes:

i) fomentar el reconocimiento de los factores que contribuyen al logro [de] resultados positivos en materia de salud, por ejemplo la realización de investigaciones y el suministro de información;
ii) velar por que los servicios de salud sean apropiados desde el punto de vista cultural y el personal sanitario sea formado de manera que reconozca y responda a las necesidades concretas de los grupos vulnerables o marginados;
iii) velar por que el Estado cumpla sus obligaciones en lo referente a la difusión de información apropiada acerca de la forma de vivir y la alimentación sanas, así como acerca de las prácticas tradicionales nocivas y la disponibilidad de servicios;
iv apoyar a las personas a adoptar, con conocimiento de causa, decisiones en lo que respecta a su salud.

Jurisprudencia Internacional

Corte Interamericana de Derechos Humanos
Caso Montero Aranguren (retén de Catia) y otros vs. Venezuela
Sentencia del 5 de julio de 2006

Derechos en tensión: derecho a la vida, derecho a la salud, asistencia médica, higiene, condiciones dignas de detención.

Principales determinaciones de la Corte: Es un hecho aceptado por el Estado que el retén de Catia no cumplía con los requisitos mínimos necesarios para mantener la salubridad de sus internos.

La Corte consideró que las malas condiciones físicas y sanitarias de los lugares de detención, así como la falta de luz y ventilación adecuadas, pueden ser en sí mismas violatorias del art. 5 de la CADH, dependiendo de la intensidad de las mismas, su duración y las características personales de quien las sufre, pues pueden causar sufrimientos de una intensidad que exceda el límite inevitable al sufrimiento que acarrea la detención, y porque conllevan sentimientos de humillación e inferioridad.

En el caso, ciertos internos del retén del Catia no sólo tenían que excretar en presencia de sus compañeros, sino que tenían que vivir entre excrementos, y hasta alimentarse en esas circunstancias. La Corte consideró que ese tipo de condiciones carcelarias son completamente inaceptables, constituyen un desprecio a la dignidad humana, un trato cruel, inhumano y degradante, un severo riesgo para la salud y la vida, y una rotunda violación del art. 5.1 y 5.2 de la CADH.

Asimismo, entre los hechos aceptados por el Estado se cuenta que los servicios de asistencia médica a los cuales tenían acceso los internos del retén de Catia no cumplían los estándares mínimos. Varios de los internos heridos a consecuencia de los sucesos ocurridos entre el 27 y el 29 de noviembre de 1992 permanecieron sin atención médica y medicación adecuadas. Asimismo, los internos enfermos no eran debidamente tratados. Por ello, la Corte ha señalado que la falta de atención médica adecuada no satisface los requisitos materiales mínimos de un tratamiento digno conforme a la condición de ser humano en el sentido del art. 5 de la CADH. El Estado tiene el deber de proporcionar a los detenidos revisión médica regular y atención y tratamiento adecuados cuando así se requiera. Por otro lado, la atención por parte de un médico que no tenga vínculos con las autoridades penitenciarias o de detención es una importante salvaguardia en contra de la tortura y [los] malos tratos, físicos o mentales [a] los prisioneros.

En este sentido, la falta de atención médica adecuada podría considerarse en sí misma violatoria del art. 5.1 y 5.2 de la Convención dependiendo de las circunstancias concretas de la persona en particular, el tipo de dolencia que padece, el lapso transcurrido sin atención y sus efectos acumulativos.

En síntesis, la Corte consideró que se han encontrados vulnerados los derechos consagrados en los arts. 4.1 (derecho a la vida) y 5.1, 5.2 y 5.4 (derecho a la integridad personal) de la CADH, en relación con el art. 1.1 de la misma.

Caso Miguel Castro vs. Perú
Sentencia del 25 de noviembre de 2006

Derechos en tensión: derecho a la vida, derecho a la salud, condiciones dignas de detención, atención médica.

Principales disposiciones de la Corte: Quedó probado que los internos trasladados al Hospital de la Policía no recibieron tratamiento médico adecuado. El Principio vigésimo cuarto para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión establece que *"(...) toda persona detenida (...) recibirá (...) atención y tratamiento médico cada vez que sea necesario (...)".*

La Corte ha establecido que *"el Estado tiene el deber de proporcionar a los detenidos (...) atención y tratamiento [médicos] adecuados cuando así se requiera".*

En el caso, resultó evidente que todos los heridos como consecuencia del llamado Operativo Mudanza 1 y de los actos siguientes a esa operación necesitaban atención médica urgente, máxime si se considera la magnitud del ataque, el tipo de heridas causadas y las características de las armas utilizadas durante ese *"operativo".* La falta de atención médica adecuada

ocasionó sufrimiento psicológico y físico adicional, y determinó que las lesiones no fueran adecuadamente atendidas y dieran lugar a padecimientos crónicos.

Con respecto al tratamiento que deben recibir las mujeres detenidas o arrestadas, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha señalado que *"no deben sufrir discriminación, y deben ser protegidas de todas las formas de violencia o explotación".*

Asimismo, ha indicado que las detenidas deben ser supervisadas y revisadas por oficiales femeninas y las mujeres embarazadas y en lactancia deben ser [provistas] con condiciones especiales durante su detención.

La Corte consideró que todos los internos que fueron sometidos durante ese prolongado período a la desnudez forzada fueron víctimas de un trato violatorio de su dignidad personal.

En conclusión, el Estado es responsable por la violación del derecho a la integridad personal consagrado en el art. 5.2 de la CADH, en perjuicio de las seis internas que sufrieron esos tratos crueles.

Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú
Sentencia del 25 de noviembre de 2005

Derechos en tensión: derecho a la vida, condiciones dignas de detención, asistencia médica.

Principales disposiciones de la Corte: Este Tribunal ha dicho que la falta de atención médica adecuada no satisface los requisitos materiales mínimos de un tratamiento digno conforme a la condición de ser humano en el sentido del art. 5 de la CADH.

La Corte entiende que, conforme a dicho art., el Estado tiene el deber de proporcionar a los detenidos revisión médica regular y atención y tratamiento adecuados cuando así se requiera. A su vez, el Estado debe permitir y facilitar que los detenidos sean atendidos por un facultativo elegido por ellos mismos o por quienes ejercen su representación o custodia legal.

El Tribunal observa que, a pesar de sus problemas de próstata, el recurrente, señor Wilson García Asto, no recibió la atención médica adecuada y oportuna en los centros penitenciarios de Yanamayo y Challapalca, lo cual ha tenido consecuencias desfavorables en su estado de salud actual y es contrario al tratamiento digno [del] que todo ser humano es titular, en los términos del art. 5 de la CADH.

Además de ello, la Corte concluye que las condiciones de detención impuestas al señor Wilson García Asto, así como la incomunicación, el régimen de aislamiento celular y la restricción

de visitas de sus familiares constituyeron tratos crueles, inhumanos y degradantes que resultaron en la vulneración de su integridad física, psíquica y moral. En consecuencia, la Corte considera que el Estado es responsable por la violación del art. 5.1 y 5.2 de la Convención, en conexión con el art. 1.1 de la misma, en perjuicio del señor Wilson García Asto.

Caso Bulacio vs. Argentina
Sentencia del 18 de septiembre de 2003

Derechos en tensión: derecho a la vida, derecho a la salud, condiciones dignas de detención, asistencia médica.

Principales disposiciones de la Corte: Los detenidos deben contar con revisión y atención médica preferente. Los resultados de cualquier examen médico que ordenen las autoridades —y que no debe ser practicado en presencia de las autoridades policiales— deben ser entregados al juez, al detenido y a su abogado, o bien a éste y a quien ejerza la custodia o representación del menor conforme a la ley.

La atención médica deficiente de un detenido es violatoria del art. 5 de la Convención Americana.

Los establecimientos de detención policial deben cumplir ciertos estándares mínimos que aseguren la observancia de los derechos.

Normativa nacional

En nuestro país, el derecho a la atención médica se encuentra regulado en los arts. 143 a 152, 185 a 187 de la LEP. Este derecho resulta operativo a partir de la consagración de manera expresa no sólo del derecho a la salud, sino también a partir de la obligación de que sea resguardado a través de una atención médica brindada en forma integral, con tratamientos de calidad y de forma gratuita. Así lo dispone el art. 143: *"**ARTICULO 143.** — El interno tiene derecho a la salud. Deberá brindársele oportuna asistencia médica integral, no pudiendo ser interferida su accesibilidad a la consulta y a los tratamientos prescriptos. Los estudios diagnósticos, tratamientos y medicamentos indicados, le serán suministrados sin cargo".*

Asimismo, los arts. 144 a 145 regulan el procedimiento de revisión médica que el SPF debe efectuarle a una persona que ingresa a una prisión en calidad de detenida. Especial atención requiere la existencia de la historia clínica, la cual debe expresar con total claridad el estado de salud que posee el detenido y cualquier tipo de enfermedad preexistente. Esta historia clínica se nutrirá, a su vez, de un informe psicológico, pasando todo a

formar parte del futuro informe criminológico. La totalidad de este procedimiento debe informarse al juez de ejecución. Una cuestión que se debe tener particularmente en cuenta, es el carácter de confidencialidad que posee la historia clínica y la consulta médica y/o psicológica. Por lo tanto deberán realizarse todas las presentaciones necesarias tendientes a resguardar tal derecho.

Si la persona privada de libertad fuera portador del virus VIH o padece SIDA, tuberculosis, hepatitis y se encuentra en tratamiento por estas afecciones, es obligación del SPF ofrecerle ser atendido por un médico infectólogo.

Si la persona sospecha ser portador del virus VIH, puede solicitar la realización del correspondiente análisis, con su firma brindando el consentimiento.

El art. 147 dispone la posibilidad de trasladar a la persona privada de libertad a un establecimiento penitenciario especializado de carácter asistencial médico o psiquiátrico o a un centro apropiado del medio libre, cuando la naturaleza del caso así lo aconseje, previa autorización judicial.

También la persona privada de libertad puede solicitar ser atendido por un profesional privado, a su entero coste, (art. 148), circunstancia que forma parte de su derecho de defensa. Debemos dejar en claro, a su vez, que toda práctica médica que se realice sobre el detenido debe contar con su consentimiento informado, conforme así se establece en la Ley de Salud Mental, Nº 26.657.

Asimismo, el art. 185 dispone la obligación de toda prisión de contar con un servicio médico y odontológico adecuado al tipo de establecimiento.

Otra cuestión a tener en cuenta es que el interno, al igual que cualquier paciente extra muros, tiene el derecho a contar con una segunda opinión médica.

En síntesis, todo establecimiento penitenciario debe poder brindar atención médica especializada; en caso de que ocurra una urgencia que no pueda ser atendida *intramuros*, previa autorización judicial, debe trasladarse a la persona a un centro del medio libre.

Jurisprudencia Nacional

Derechos en tensión: derecho a la salud, atención médica, condiciones dignas de detención.

Partes principales de la resolución judicial: *"…los condenados, sea cual fuese la naturaleza de su delito, conservan inalterados aquellos derechos fundamentales que les corresponden como*

manifestación natural de su dignidad…" "…las quejas vinculadas con supuestas deficiencias en la atención médica a los internos indudablemente, 'pueden representar —de verificarse— una circunstancia de agravamiento de las condiciones de detención, examinable a través de un hábeas corpus correctivo'…"

"…negarle este derecho a ser informado de los resultados de los estudios médicos que se le practican, constituye una devaluación de sus derechos; sin ninguna base que lo justifique…"

"…el acceso a la prestación de los servicios médicos 'es uno de los derechos que por efecto de la privación de la libertad, no pueden garantizarse a sí mismas las personas privadas de la libertad, quedando completamente en manos de la administración penitenciaria el ofrecer el acceso a la atención médica y consecuentemente la garantía del derecho a la salud'…"

Organo judicial actuante: J.E.P Córdoba. **Fecha:** 11/2007.
Juzgado de Ejecución Penal de 1° nominación Córdoba. Habeas correctivo (9/11/07)

9.2.1.2. Acceso a educación y deportes

Las personas privadas de libertad tienen derecho a la educación y a participar en actividades culturales, sociales y deportivas, sin discriminación alguna y tomando en cuenta la diversidad cultural de las mismas. Los Estados deben fomentar este derecho, en aras de que opere no sólo como factor preventivo del delito, sino fundamentalmente como mecanismo resocializador.

Asimismo, no debe perderse de vista que la educación es un derecho humano intrínseco que conforma un medio para la realización de otros derechos. En el mismo sentido que respecto al el derecho a la salud, el derecho a la educación no puede verse menguado por el encierro (art. 2 de la ley 24660).

Normativa y jurisprudencia internacional que regula el derecho de las personas privadas de libertad a la educación y deportes

Pacto Internacional Derechos Económicos, Sociales y Culturales	
Art. 13	2. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio de este derecho: a) La enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente; b) La enseñanza secundaria, en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita; c) La enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita; d) Debe fomentarse o intensificarse, en la medida de lo posible, la educación básica para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria; e) Se debe proseguir activamente el desarrollo del sistema escolar en todos los ciclos de la enseñanza, implantar un sistema adecuado de becas, y mejorar continuamente las condiciones materiales del cuerpo docente.
RMTR	
Regla 21.1	El recluso que no se ocupe de un trabajo al aire libre deberá disponer, si el tiempo lo permite, de una hora al día por lo menos de ejercicio físico adecuado al aire libre.
Regla 21.2	Los reclusos jóvenes y otros cuya edad y condición física lo permitan recibirán durante el período reservado al ejercicio una educación física y recreativa. Para ello, se pondrá a su disposición el terreno, las instalaciones y el equipo necesarios.
Regla 40	Cada establecimiento deberá tener una biblioteca para el uso de todas las categorías de reclusos, suficientemente provista de libros instructivos y recreativos. Deberá instarse a los reclusos a que se sirvan de la biblioteca lo más posible.
Conjunto de Principios	
Principio 28	La persona detenida o presa tendrá derecho a obtener, dentro de los límites de los recursos disponibles si se trata de fuentes públicas, cantidades razonables de materiales educacionales, culturales y de información, con sujeción a condiciones razonables que garanticen la seguridad y el orden en el lugar de detención o prisión.
CADH	
Art. 26	Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

DADH	
Art. XII	Toda persona tiene derecho a la educación, la que debe estar inspirada en los principios de libertad, moralidad y solidaridad humanas. Asimismo, tiene el derecho de que, mediante esa educación, se le capacite para lograr una digna subsistencia, el mejoramiento de su nivel de vida y para ser útil a la sociedad. El derecho de educación comprende el de igualdad de oportunidades en todos los casos, de acuerdo con las dotes naturales, los méritos y el deseo de aprovechar los recursos que puedan proporcionar la comunidad y el Estado. Toda persona tiene derecho a recibir gratuitamente la educación primaria, por lo menos.
Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas	
Principio XIII. Educación y actividades culturales	Las personas privadas de libertad tendrán derecho a la educación, la cual será accesible para todas las personas, sin discriminación alguna, y tomará en cuenta la diversidad cultural y sus necesidades especiales. La enseñanza primaria o básica será gratuita para las personas privadas de libertad, en particular, para los niños y niñas, y para los adultos que no hubieren recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria. Los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos promoverán en los lugares de privación de libertad, de manera progresiva y según la máxima disponibilidad de sus recursos, la enseñanza secundaria, técnica, profesional y superior, igualmente accesible para todos, según sus capacidades y aptitudes. Los Estados Miembros deberán garantizar que los servicios de educación proporcionados en los lugares de privación de libertad funcionen en estrecha coordinación e integración con el sistema de educación pública; y fomentarán la cooperación de la sociedad a través de la participación de las asociaciones civiles, organizaciones no gubernamentales e instituciones privadas de educación. Los lugares de privación de libertad dispondrán de bibliotecas, con suficientes libros, periódicos y revistas educativas, con equipos y tecnología apropiada, según los recursos disponibles. Las personas privadas de libertad tendrán derecho a participar en actividades culturales, deportivas, sociales, y a tener oportunidades de esparcimiento sano y constructivo. Los Estados Miembros alentarán la participación de la familia, de la comunidad y de las organizaciones no gubernamentales en dichas actividades, a fin de promover la reforma, la readaptación social y la rehabilitación de las personas privadas de libertad.

Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.
Informe del Relator Especial sobre el derecho a la educación
El derecho a la educación de las personas privadas de libertad
(partes pertinentes)

3. Las personas privadas de libertad constituyen uno de esos grupos severamente marginados que están sometidos a la violación endémica de su derecho a la educación. En el presente informe, el Relator Especial demuestra claramente la necesidad urgente de redoblar los esfuerzos por respetar, proteger y garantizar ese derecho. Para los fines del informe, el Relator

Especial centrará la atención en las personas que cumplen una condena o que están en espera de juicio en prisiones o en otras clases de instituciones correccionales y, en el caso de los solicitantes de asilo, en centros cerrados.

4. El aprendizaje en prisión por medio de programas educativos se considera por lo general una herramienta para el cambio y su valor se juzga a la luz de su repercusión en la reincidencia, la reintegración y, más concretamente, en las oportunidades de empleo tras la puesta en libertad.

Sin embargo, la educación es mucho más que una herramienta para el cambio. Es un imperativo en sí. Con todo, la educación presenta desafíos considerables para los reclusos debido a toda una gama de factores ambientales, sociales, institucionales e individuales. Estos factores y los desafíos que presentan no son insalvables.

16. La educación está profundamente vinculada al lugar y al contexto en que se imparte y no puede separarse de éstos. Por lo tanto, la función de la educación en los lugares de detención debe examinarse teniendo en cuenta los objetivos más amplios de los sistemas penitenciarios, que son instituciones inherentemente coercitivas con una serie de objetivos complejos y opuestos. Esos sistemas reflejan, en distintos grados, los imperativos de castigo, disuasión, retribución y/o rehabilitación vigentes en la sociedad —todos ellos con connotaciones ambiguas— y, por otra parte, un criterio administrativo centrado en la gestión de los recursos y la seguridad. Frecuentemente volcados hacia la *"criminalidad"* de los reclusos, los sistemas penitenciarios suelen, por lo tanto, ser renuentes a reconocer la humanidad, las potencialidades y los derechos humanos de esas personas.

90. (...) el Relator Especial formula las siguientes recomendaciones a los Estados:

a) La educación de los reclusos debe estar garantizada y consagrada en la Constitución y demás instrumentos legislativos;
b) La educación de los reclusos debería estar dotada de fondos públicos suficientes;
c) Debería garantizarse el respeto de las normas establecidas en el derecho y las directrices internacionales en materia de educación de reclusos.

91. El Relator Especial recomienda que las autoridades encargadas de la educación pública:

a) Pongan a disposición de todos los presos, estén condenados o en prisión preventiva, programas educativos que abarquen al menos el plan de estudio de la enseñanza primaria obligatoria y, de ser posible, también de la secundaria;
b) Organicen, junto con las instituciones penitenciarias, programas amplios de educación destinados a desarrollar plenamente las potencialidades de cada recluso, los cuales también deberían minimizar los efectos negativos del encarcelamiento [y] mejorar las perspectivas de reinserción y rehabilitación, la autoestima y la moral.

94. Los programas de educación deberían estar integrados con los del sistema de educación pública para que sea posible continuar los estudios tras la excarcelación.

95. Las instituciones penitenciarias deberían mantener bibliotecas bien financiadas y accesibles, dotadas de una gama suficiente y apropiada de recursos y tecnología y disponibles a todas las categorías de presos.

96. Se debería proporcionar a los profesores de los establecimientos penitenciarios capacitación oficial y oportunidades de perfeccionamiento profesional continuo, así como un entorno de trabajo seguro y el debido reconocimiento en cuanto a condiciones de trabajo y remuneración.

101. Además, el Relator Especial formula las siguientes recomendaciones específicas con respecto a los niños y las mujeres en prisión y otros grupos marginados:

a) Se debe velar particularmente por garantizar que todos los niños en edad de escolaridad obligatoria puedan acceder a la educación y participar en ella.
b) Los planes de estudio y las prácticas docentes en los establecimientos penitenciarios deben tener en cuenta las diferencias de género a fin de hacer efectivo el derecho de las mujeres y las niñas a la educación.
c) También se debe prestar atención a las personas pertenecientes a grupos tradicionalmente marginados, como las mujeres, los grupos minoritarios y los grupos indígenas, las personas de origen extranjero y las personas con discapacidad física, cognitiva y psicosocial. En los programas educativos destinados a esos grupos se debería hacer especial hincapié en la accesibilidad y la pertinencia en función de las necesidades particulares; asimismo, habría que prestar atención y hacer frente a los factores que puedan obstaculizar la continuación de la educación tras la excarcelación.

102.. Por último, el Relator Especial considera que la privación de libertad debería ser una medida de último recurso. Dadas las importantes consecuencias adversas que entraña a largo plazo la prisión para los reclusos, sus familias y la comunidad en los planos económico, social y psicológico, el Relator Especial insta a que se redoblen los esfuerzos por establecer y aplicar medidas sustitutivas de la prisión en lo que respecta tanto a los niños como a los adultos y reitera que las personas condenadas a penas de prisión conservan sus derechos humanos inherentes, incluido el derecho a la educación.

Jurisprudencia Internacional

Caso Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay
Sentencia del 2 de septiembre de 2004

Derechos en tensión: derecho a la educación, condiciones dignas de detención.

Principales disposiciones de la Corte: Está también probado que el Estado no brindó a los niños internos la educación que éstos requerían y a la cual aquél estaba obligado, tanto en razón de la protección del derecho a la vida, como por la disposición del art. 13 del Protocolo Adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El programa educativo que se ofrecía en el Instituto era deficiente, ya que carecía de maestros y recursos adecuados. Este incumplimiento del Estado causa consecuencias todavía más serias cuando los niños privados de libertad provienen de sectores marginales de la sociedad, como ocurre en el presente caso, pues ello les limita sus posibilidades de reinserción efectiva en la sociedad y el desarrollo de sus proyectos de vida.

Normativa nacional

En nuestro país, el derecho a la educación se encuentra regulado en los arts. 133 al 142 de la LEP. Así establece el art 133:

*"**ARTICULO 133.** — Derecho a la educación. Todas las personas privadas de su libertad tienen derecho a la educación pública. El Estado nacional, las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tienen la responsabilidad indelegable de proveer prioritariamente a una educación integral, permanente y de calidad para todas las personas privadas de su libertad en sus jurisdicciones, garantizando la igualdad y gratuidad en el ejercicio de este derecho, con la participación de las organizaciones no gubernamentales y de las familias.*

Los internos deberán tener acceso pleno a la educación en todos sus niveles y modalidades de conformidad con las leyes 26.206 de Educación Nacional, 26.058 de Educación Técnico-Profesional, 26.150 de Educación Sexual Integral, 24.521 de Educación Superior y toda otra norma aplicable.

Los fines y objetivos de la política educativa respecto de las personas privadas de su libertad son idénticos a los fijados para todos los habitantes de la Nación por la Ley de Educación Nacional. Las finalidades propias de esta ley no pueden entenderse en el sentido de alterarlos en modo alguno. Todos los internos deben completar la escolaridad obligatoria fijada en la ley".

A su vez, el art. 134 menciona los deberes que tienen los presos que a su vez sean alumnos; el art. 135 plantea el principio de no discriminación en la implementación de la enseñanza; el art. 136 observa situaciones de acciones afirmativas en ciertos grupos, como por ejemplo la

mujer presa con hijos que desea estudiar; el art. 137 reafirma el derecho a la educación que tienen todas las personas privadas de libertad y por ello, dispone que se notifique de este derecho al preso al momento del ingreso al penal, en donde también se certificará el grado de instrucción del mismo.

Los artículos que siguen refieren a la supervisión que el Ministerio de Educación de la Nación y el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos deben realizar sobre los contenidos educativos que se impartan dentro de las cárceles; el art. 140 plantea la importancia del estímulo educativo (ya abordado en Capítulo 2) como dispositivo de acceso a los beneficios del tratamiento penitenciario; y el art. 142 determina que todo obstáculo o incumplimiento en el acceso al derecho a la educación podrán ser remediados por los jueces competentes a través de la vía del hábeas corpus correctivo, incluso en forma colectiva. Esta situación es novedosa en tanto y en cuanto se convierten en un instrumento legal que nos permite evitar el traslado de internos hacia otro penal, si es que el mismo se encuentra desarrollando actividades educativas, sean formales o informales.

Cuando las personas privadas de libertad concluyeren los estudios, se extenderán los correspondientes certificados y diplomas, expedidos por la autoridad educacional competente, sin mencionar el lugar donde fueron obtenidos. Estos títulos le permitirán continuar sus estudios al recuperar la libertad. También el interno podrá participar de programas recreativos que incluirán prácticas deportivas, preferentemente en equipo, y culturales. Podrá ser eximido de las actividades educativas y deportivas en caso de no contar con los recursos intelectuales y condiciones psicofísicas adecuadas.

Jurisprudencia Nacional

Coceres, Diego Alejandro s/recurso de casación.

Derechos en tensión: derecho a la educación.

Una vez que el a quo ha realizado la evaluación conjunta de los logros educativos y el acatamiento normati:vo del interno, corresponde la aplicación de las reducciones temporales previstas en el art. 140 ley 24.660 a todas las fases, períodos e institutos (salidas transitorias, semilibertad, libertad condicional y libertad asistida) del régimen de progresividad penitenciario que posean límites temporales para su acceso, debiendo estar presentes también los demás requisitos estipulados legalmente. La modificación introducida por la ley 26.695 no implica un adelantamiento en el vencimiento de la pena. La disidencia sostuvo que, de acuerdo a la ley vigente, la reducción de las exigencias temporales por estímulo educativo no puede aplicarse a la libertad condicional, en tanto instituto previsto y legislado en el CP, y tampoco a la libertad asistida. (Dres. Figueroa —disidencia—, Gemignani y Cabral).Tribunal: Cámara Federal de Casación Penal. - Sala: I. Resolución del: 25/09/2013. **Registro nº 22169.1. Causa n° : 498/13.**

Derechos en tensión: derecho a la educación, condiciones dignas de detención.

Principales disposiciones de la resolución judicial: *"Porque si las cárceles nos hablan de un fracaso de la sociedad, de un fracaso del sistema educativo, es necesario revisar el rol del Estado, en un contexto donde se debaten desde la disminución de la edad de imputabilidad hasta el endurecimiento de las penas, y de donde el poder punitivo del Estado puede limitar el obrar de las personas pero no su dignidad. Las cárceles tal cual las vemos actualmente están amenazadas de un sin sentido. El camino de la prisión es destructor de identidad. Es responsabilidad indelegable del Estado, procurar los elementos que reparen las situaciones del pasado…".*

"Ordenar se arbitren los medios necesarios para que el interno comience a cursar las materias pendientes en el CUD (Centro Universitario de Devoto) que se encuentra en la Unidad 2 del SPFFederal…". Justicia Contravencional y de Faltas C.A.BA (15/6/07).

9.2.1.3. Alimentación

La calidad de la alimentación que se brinda dentro de una cárcel se vincula de manera directa con la operatividad del derecho a la vida y a la salud y con las condiciones dignas de detención. La alimentación debe ser suficiente, de buena calidad y conforme a las necesidades nutricionales de cada preso/a.

Por otro lado, el sustento de alimento de los/as presos/as no debe depender de forma directa y exclusiva del proporcionado por sus familiares. A su vez, la distribución de los alimentos debe ser realizada de forma igualitaria, evitando desvíos que favorezcan a algunos grupos por sobre otros.

Una mención especial merece aquellas situaciones de internos que padezcan algún tipo de afectación que requiera una alimentación particular. Claro es que en esos casos, el Estado deberá brindar una alimentación adecuada a dicha afectación. Incluso se puede solicitar la prisión domiciliaria para aquellos casos en que —como sucede con personas celíacas— necesitan estricta dieta alimentaria y el Estado no está en condiciones de asegurársela.

Normativa y jurisprudencia internacional que regula el derecho de las personas privadas de libertad a recibir alimentación adecuada

RMTR	
Regla 20	Todo recluso recibirá de la administración, a las horas acostumbradas, una alimentación de buena calidad, bien preparada y servida, cuyo valor nutritivo sea suficiente para el mantenimiento de su salud y de sus fuerzas. 2) Todo recluso deberá tener la posibilidad de proveerse de agua potable cuando la necesite.
Principios y Buenas Prácticas	
Principio XI	Las personas privadas de libertad tendrán derecho a recibir una alimentación que responda, en cantidad, calidad y condiciones de higiene, a una nutrición adecuada y suficiente, y tome en consideración las cuestiones culturales y religiosas de dichas personas, así como las necesidades o dietas especiales determinadas por criterios médicos. Dicha alimentación será brindada en horarios regulares, y su suspensión o limitación, como medida disciplinaria, deberá ser prohibida por la ley.

Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas
Observación General N° 12. El derecho a una alimentación adecuada
(partes seleccionadas)

El Comité afirma que el derecho a una alimentación adecuada está inseparablemente vinculado a la dignidad inherente de la persona humana y es indispensable para el disfrute de otros derechos humanos consagrados en la Carta Internacional de Derechos Humanos.

6.El derecho a la alimentación adecuada se ejerce cuando todo hombre, mujer o niño, ya sea solo o en común con otros, tiene acceso físico y económico, en todo momento, a la alimentación adecuada o a medios para obtenerla. El derecho a la alimentación adecuada no debe interpretarse, por consiguiente, en forma estrecha o restrictiva asimilándolo a un conjunto de calorías, proteínas y otros elementos nutritivos concretos. El derecho a la alimentación adecuada tendrá que alcanzarse progresivamente. No obstante, los Estados tienen la obligación básica de adoptar las medidas necesarias para mitigar y aliviar el hambre tal como se dispone en el párrafo 2 del art. 11, incluso en caso de desastre natural o de otra índole.

8. El Comité considera que el contenido básico del derecho a la alimentación adecuada comprende lo siguiente:

- la disponibilidad de alimentos en cantidad y calidad suficientes para satisfacer las necesidades alimentarias de los individuos, sin sustancias nocivas, y aceptables para una cultura determinada;
- la accesibilidad de esos alimentos en formas que sean sostenibles y que no dificulten el goce de otros derechos humanos.

10. Al decir sin sustancias nocivas se fijan los requisitos de la inocuidad de los alimentos y una gama de medidas de protección tanto por medios públicos como privados para evitar la contaminación de los productos alimenticios debido a la adulteración y/o la mala higiene ambiental o la manipulación incorrecta en distintas etapas de la cadena alimentaria; debe también procurarse determinar y evitar o destruir las toxinas que se producen naturalmente.

17. El Pacto se viola cuando un Estado no garantiza la satisfacción de, al menos, el nivel mínimo esencial necesario para estar protegido contra el hambre. Al determinar qué medidas u omisiones constituyen una violación del derecho a la alimentación, es importante distinguir entre la falta de capacidad y la falta de voluntad de un Estado para cumplir sus obligaciones. En el caso de que un Estado Parte aduzca que la limitación de sus recursos le impide facilitar el acceso a la alimentación a aquellas personas que no son capaces de obtenerla por sí mismas, el

Estado ha de demostrar que ha hecho todos los esfuerzos posibles por utilizar todos los recursos de que dispone con el fin de cumplir, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas. Esta obligación dimana del párrafo 1 del art. 2 del Pacto, en el que se obliga a cada Estado Parte a tomar las medidas necesarias hasta el máximo de los recursos de que disponga, tal como señaló anteriormente el Comité en el párrafo 10 de su Observación General N° 3. El Estado que aduzca que es incapaz de cumplir esta obligación por razones que están fuera de su control tiene, por tanto, la obligación de probar que ello es cierto y que no ha logrado recabar apoyo internacional para garantizar la disponibilidad y accesibilidad de los alimentos necesarios.

19. Las violaciones del derecho a la alimentación pueden producirse por actos realizados directamente por los Estados o por otras entidades insuficientemente reguladas por los Estados.

Entre ellos cabe señalar: derogar o suspender oficialmente la legislación necesaria para seguir disfrutando el derecho a la alimentación; negar el acceso a los alimentos a determinados individuos o grupos, tanto si la discriminación se basa en la legislación como si es activa; impedir el acceso a la ayuda alimentaria de carácter humanitario en los conflictos internos o en otras situaciones de emergencia; adoptar legislación o políticas que sean manifiestamente incompatibles con obligaciones jurídicas anteriores relativas al derecho a la alimentación; y no controlar las actividades de individuos o grupos para evitar que violen el derecho a la alimentación de otras personas; o, cuando es el Estado, no tener en cuenta sus obligaciones jurídicas internacionales relativas al derecho a la alimentación al concertar acuerdos con otros Estados o con organizaciones internacionales.

Normativa Nacional

La LEP plantea el derecho a la alimentación a partir del art.65, donde dispone de forma expresa la obligación del SPF de proveerla: *"**ARTICULO 65.** — La alimentación del interno estará a cargo de la administración; será adecuada a sus necesidades y sustentada en criterios higiénico-dietéticos. Sin perjuicio de ello y conforme los reglamentos que se dicten, el interno podrá adquirir o recibir alimentos de sus familiares o visitantes. La prohibición de bebidas alcohólicas será absoluta".*

Jurisprudencia Nacional

Causa N° 13.788 —Sala II— "PROC. PENITENCIARIA s/recurso de casación"

Derechos en tensión: alimentación, condiciones dignas de detención

Principales disposiciones de la resolución: En virtud de un hábeas corpus correctivo promovido de modo colectivo en favor de los detenidos alojados en el Módulo de Ingreso (Pabellón F) del Complejo Penitenciario Federal I de Ezeiza, presentado por la Procuración Penitencia, la Sala II de la Casación ordenó que se intime al director del Complejo Penitenciario Federal I de Ezeiza, provincia de Buenos Aires, para que en el ejercicio de las facultades inherentes a su autoridad y en el plazo de 30 días:

- Establezca un protocolo de actuación de las áreas competentes y un patrón de control interno diario —debidamente documentado— que asegure que la alimentación que se prepare se adecue a los menús que han sido aprobados en ese establecimiento;
- Establezca un protocolo de actuación de las áreas competentes y un patrón de control interno diario, por parte de agentes penitenciarios, que asegure que en el Pabellón "F" (módulo de ingreso) la alimentación preparada sea distribuida sin discriminación y a salvo de abusos de poder;
- Establezca un protocolo de actuación documentada con intervención las áreas internas competentes, y canales de comunicación adecuados, para obtener de la Dirección del Servicio Penitenciario, de modo efectivo y en tiempo útil y oportuno, la provisión de los medios financieros que reclama el art. 65 de la ley 24.660, y en particular establezca provisiones financieras para casos de excepción, que tengan en cuenta el carácter dinámico y cambiante de la población carcelaria, y en particular el de la del módulo de ingreso de detenidos en ese Complejo Penitenciario.

9.2.1.4. Higiene personal y del lugar. Desinsectación y desinfección

El derecho a permanecer en un establecimiento penitenciario limpio y seguro se vincula de manera directa con la necesidad de que las personas privadas de libertad

reciban un trato digno. Para ello, es responsabilidad central del SPF mantener no sólo la limpieza de los principales lugares de estancia de los presos, sino también ayudar a que los mismos internalicen la importancia de sostener la higiene de esos lugares y de ellos mismos.

Especial atención revisten los lugares donde se encuentren mujeres privadas de libertad, donde las condiciones de higiene se deben intensificar, en particular, si además hay niños/as en los pabellones.

Normativa y jurisprudencia internacional que regula el derecho de las personas privadas de libertad a la higiene del establecimiento carcelario

RMTR	
	15. Se exigirá de los reclusos: aseo personal y a tal efecto dispondrán de agua y de los art. s de aseo indispensables para su salud y limpieza. 16. Se facilitará a los reclusos medios para el cuidado del cabello y de la barba, a fin de que se presenten de un modo correcto y conserven el respeto de sí mismos; los hombres deberán poder afeitarse con regularidad.
Reglas de Bangkok	
Regla 5	Los recintos destinados al alojamiento de las reclusas deberán contar con las instalaciones y art. s necesarios para satisfacer las necesidades de higiene propias de su género, incluidas toallas sanitarias gratuitas y el suministro permanente de agua para el cuidado personal de niños y mujeres, en particular las que cocinen, las embarazadas y las que se encuentren en período de lactancia o menstruación.
Principios y Buenas Prácticas	
Principio XI.2	Toda persona privada de libertad tendrá acceso en todo momento a agua potable suficiente y adecuada para su consumo. Su suspensión o limitación, como medida disciplinaria, deberá ser prohibida por la ley
Principio XII	2. Condiciones de higiene. Las personas privadas de libertad tendrán acceso a instalaciones sanitarias higiénicas y suficientes, que aseguren su privacidad y dignidad. Asimismo, tendrán acceso a productos básicos de higiene personal, y a agua para su aseo personal, conforme a las condiciones climáticas. Se proveerá regularmente a las mujeres y niñas privadas de libertad los arts. indispensables para las necesidades sanitarias propias de su sexo.

Observación General N° 15, adoptada en el 29 período de sesiones, 2002.
El derecho al agua (partes pertinentes)

1. El agua es un recurso natural limitado y un bien público fundamental para la vida y la salud. El derecho humano al agua es indispensable para vivir dignamente y es condición previa para la realización de otros derechos humanos (…).

2. El derecho humano al agua es el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico. Un abastecimiento adecuado de agua salubre es necesario para evitar la muerte por deshidratación, para reducir el riesgo de las enfermedades relacionadas con el agua y para satisfacer las necesidades de consumo y cocina y las necesidades de higiene personal y doméstica.

16. Aunque el derecho al agua potable es aplicable a todos, los Estados Partes deben prestar especial atención a las personas y [los] grupos de personas que tradicionalmente han tenido dificultades para ejercer este derecho, en particular las mujeres, los niños, los grupos minoritarios, los pueblos indígenas, los refugiados, los solicitantes de asilo, los desplazados internos, los trabajadores migrantes, los presos y los detenidos.

7. En particular, los Estados Partes deben adoptar medidas para velar por que:

g) Los presos y detenidos tengan agua suficiente y salubre para atender a sus necesidades individuales cotidianas, teniendo en cuenta las prescripciones del derecho internacional humanitario y las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos.

Jurisprudencia Internacional

Corte Interamericana de Derechos Humanos
Caso de las Penitenciarías de Mendoza contra Argentina
Medidas provisionales
Resolución del 18 de junio de 2005

Derechos en tensión: derecho a la vida, derecho a la salud, condiciones dignas de detención, higiene, posición de garante.

Principales disposiciones de la Corte: Que la Corte ha establecido que '[u]na de las obligaciones que ineludiblemente debe asumir el Estado en su posición de garante, con el objetivo de proteger y garantizar el derecho a la vida y a la integridad personal de las personas privadas de libertad, es la de [procurar] a éstas las condiciones mínimas compatibles con su dignidad mientras permanecen en los centros de detención'.

La Corte, a su vez, dispuso una serie de mmejoras progresivas en las condiciones de detención. Así dispuso de forma inmediata: implementar un relevamiento de las personas alojadas en el sistema penitenciario provincial, el que estará a cargo del Ministerio de Justicia y Seguridad de Mendoza; el acceso a duchas y sanitarios que funcionen; se proveerá semanalmente artículos de higiene; se garantizará el acceso al agua potable suficiente; se adoptarán las medidas necesarias para que todas las áreas del penal estén iluminadas; se prohibirán los

encierros prolongados y los grupos de represión de encapuchados y las restricciones de visitas; se prohibirá el acceso de personal con perros a los pabellones, como igualmente en la zona en que se encuentren las visitas;

b. a mediano plazo: se ampliará el registro de los internos, de conformidad con lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Bulacio, párrafo 1321;
c. se informará bimestralmente del resultado del relevamiento del estado de salud de los internos indicando las historias clínicas confeccionadas, el tratamiento indicado y asegurando la provisión de medicamentos y la alimentación sugerida;
d. en un mediano plazo se implementará la atención psicológica, psiquiátrica, odontológica y oftalmológica;
e. se garantizará el acceso equitativo de los internos a los programas de trabajo, recreación, educación formal y no formal y se crearán otros programas vinculados a la reinserción;
f. disminuir el hacinamiento mediante la reducción de la cantidad de personas encarceladas en prisión preventiva (conforme con los criterios establecidos en el reciente fallo de la Corte Suprema sobre las cárceles de Buenos Aires) para lo cual se deberán utilizar mecanismos alternativos a la prisión preventiva por ejemplo programas de libertad bajo palabra; y
g. en cuanto al hacinamiento se debe garantizar el efectivo cumplimiento del régimen progresivo de la pena.

Normativa Nacional

La LEP contiene las disposiciones vinculadas a la higiene dentro de las cárceles a partir del art. 58[109].

El art. 59 menciona la cantidad de internos que deben estar en cada establecimiento, con el fin de mantener un buen estado de conservación y evitar sobrepoblación; el art. 60 menciona la importancia de que la persona privada de libertad mantenga un buen estado de aseo personal, disponiendo la ley que esto sea obligatorio. Por ello, es responsabilidad del SPF brindar elementos indispensables de higiene al interno.

Las personas privadas de libertad podrán recibir algunos art.s de higiene, siempre y cuando se encuentren permitidos por el Servicio Penitenciario[110].

109. : "***ARTICULO 58.*** *— El régimen penitenciario deberá asegurar y promover el bienestar psicofísico de los internos. Para ello se implementarán medidas de prevención, recuperación y rehabilitación de la salud y se atenderán especialmente las condiciones ambientales e higiénicas de los establecimientos".*
110. Los arts. permitidos son: Jabón de tocador, jabón neutro, shampoo, crema de enjuague capilar, pasta dental, cepillo dental, hilo dental, desodorante en crema, bolilla o barra, talco, peine, crema de afeitar, brocha de afeitar, repuestos tipo track II o similar, papel higiénico.

Jurisprudencia Nacional

Causa 525/13 Segundo Sala IV reg. 1651/13 11/9/2013.

Derechos en tensión: derecho de salud, condiciones de higiene, agravamiento de las condiciones de detención.

Principales disposiciones de la resolución: Aun cuando no se desconoce que el delito por el que el encartado fue condenado fue cometido por el justiciable mientras cumplía prisión domiciliaria en el mismo domicilio que actualmente fue propuesto para el beneficio, tratándose de un enfermo crónico —que debe trasladarse a 60 km del lugar de detención para recibir diálisis tres veces por semana— y habiéndose constatado que en el penal donde se encuentra alojado no hay agua potable corriente para poder sostener la higiene que requiere su padecimiento, corresponde darle una segunda oportunidad y conceder el arresto domiciliario, pues esperar a que la persona privada de su libertad "empeore" sus condiciones vitales implica a las claras un trato cruel y deshumanizado, atentatorio del derecho a la dignidad humana que goza todo individuo. La disidencia señaló que la defensa no ha logrado rebatir mediante una crítica concreta y razonada los fundamentos del "a quo" que dan sustento al rechazo del pedido, en cuanto acudió a los informes médicos que consideraron que la dolencia que afecta al condenado no es incompatible con su detención en una unidad carcelaria y a que el delito fue cometido mientras estaba en prisión domiciliaria.

Causa 54705/13-Habeas Corpus Correctivo-U28

Derechos en tensión: higiene, condiciones dignas de detención. En el marco de una acción de hábeas corpus interpuesta por el Ministerio Público Fiscal frente a la reiteradamente denunciada situación de la Unidad 28 del SPF, la jueza nacional Yamile Berman ordenó una serie de medidas de inmediato cumplimiento relativas a la higiene y salubridad de la Unidad y dispuso la conformación de una mesa de trabajo interdisciplinaria integrada por la Procuración Penitenciaria de la Nación, la Procuvin, y el SPF, a los fines de establecer, a mediano plazo, el cupo adecuado de la Unidad 28, desde una perspectiva que incluya el espacio físico, los medios de traslado y los recursos humanos disponibles. Según lo ordenado por Bernán, en 30 días deberá realizarse *"el reemplazo de todos aquellos elementos sanitarios propensos a ser dañados (canillas, duchas, cadenas e inodoros)" por otros más resistentes y consultar a nutricionistas "para establecer el gramaje, cantidad y calidad de las comidas que debe proveerse a los reclusos, su forma adecuada de conservación y establecer que se asegure el aprovisionamiento a todos los alojados".*

9.2.1.5. Prendas de vestir, elementos que permitan habitabilidad

El derecho a un vestuario digno se vincula de forma directa con la prohibición de tratos crueles, inhumanos o degradantes. Este derecho implica también que el vestuario que se provea a las personas privadas de libertad sea suficiente, adecuado a las condiciones

climáticas del lugar, que no tenga características humillantes ni degradantes y que represente un respeto por la identidad cultural, religiosa y/o de género autopercibida.

Por otro lado, no puede imponerse la sustitución de la ropa que la persona trae por una nueva suministrada por la administración, ni la resistencia debe ser objeto de sanción. Salvo que la ropa esté en un estado de deterioro que pueda constituir un riesgo para la sanidad y la higiene general, debe primar siempre la voluntad del recluso, a quien se le ofrecerá para que decida si quiere o no sustituir su vestimenta.

Normativa Nacional

La LEP menciona la obligación del SPF de proveer la ropa de la persona privada de libertad en el art. 63[111].

Por otro lado, de acuerdo a los arts. 48 y 49 del Decreto Nº 303/96, las personas privadas de libertad podrán utilizar su propia vestimenta siempre que sea adecuada y limpia. Si tiene poca ropa, el interno puede solicitar al área de asistencia social del establecimiento penitenciario que le provea la vestimenta necesaria. A su vez, la ropa de cama será provista por la institución y debe ser cambiada con regularidad (art. 64). Por último, y debido a irracionales prejuicios peligrosistas, el SPF no permite el uso de ropa de color azul, celeste, negro y gris.

9.3. Estudio jurídico. Chile

9.3.1. Privatización o externalización de los servicios penitenciarios

En Chile, la normativa vigente radica en el Estado la facultad indelegable de restringir ciertos derechos de las personas, para lo cual éste debe actuar a través de los organismos públicos competentes en la materia. En el caso del sistema penitenciario, su administración corresponde a Gendarmería de Chile, organismo dependiente del Ministerio de Justicia. A partir del marco jurídico que la regula, Gendarmería ha desarrollado un sistema de gestión pública dirigido, fundamentalmente, a cumplir con sus obligaciones legales en materia penitenciaria y a ejercer las facultades que para estos efectos se le han conferido. Sin embargo, la Ley de Concesiones de Obras Públicas ha permitido introducir importantes modificaciones en la gestión penitenciaria (Martínez y Espinoza, 2009: 3).

El Estado de Chile, preocupado por la carencia de infraestructura penitenciaria y la incapacidad del sistema en materia de rehabilitación, decidió impulsar en 2000 un

111. "***ARTICULO 63.*** *— La Administración proveerá al interno de vestimenta acorde al clima y a la estación, para usarla en el interior del establecimiento. En manera alguna esas prendas, por sus características podrán resultar humillantes. Deberá cuidarse su mantenimiento en buen estado de conservación e higiene.*
Cuando el interno hubiere de salir del establecimiento, en los casos autorizados, deberá permitírsele utilizar sus ropas personales. Si no dispusiere de ellas, se le facilitará vestimenta adecuada".

programa de inversión en infraestructura penitenciaria (Paz Ciudadana, 2013: 32). El modelo chileno de privatización por el cual se optó, en el ámbito de la ejecución de penas privativas de libertad, implica un sistema mixto de participación, tanto del Estado como de empresas privadas. Para materializar este modelo de participación mixta, se optó por utilizar el marco normativo de la Ley de Concesiones, bajo el modelo "*diseñar, construir, operar, transferir*" (DBOT, por su sigla en inglés), que incluye el diseño, la construcción, el equipamiento y la operación, la prestación de los servicios definidos en las bases de licitación y la transferencia al Estado de las obras después del término del período de concesión, el que se extiende por un plazo máximo de 20 años (Fundación Paz Ciudadana, 2013: 4).

9.3.1.1. Marco regulatorio

El programa de infraestructura penitenciaria planteado en 2000 se desarrolló bajo el esquema de contratos de concesiones de obras públicas, en virtud de los cuales el Estado entrega a los particulares la ejecución, conservación y explotación de una obra fiscal, construida sobre bienes nacionales de uso público, sujeto a un plazo determinado y cuyos costos de inversión y operacionales son de cargo del concesionario, el que a su vez percibe ingresos por la explotación del servicio de las obras (Fundación Paz Ciudadana, 2013: 36).

La regulación de los contratos de concesión comprende la Ley de Concesiones de Obras Públicas (Decreto 900 del Ministerio de Obras Públicas, MOP, 1996) y el Reglamento de Concesiones (Decreto Supremo Nº 956 del MOP, 1997) y cinco instrumentos que determinan las regulaciones específicas aplicables a las empresas concesionarias: 1. Pautas mínimas de diseño y construcción; 2. Bases de licitación; 3. Oferta; 4. Decreto de adjudicación; y 5. Reglamento de servicio de obra.

9.3.1.2. Áreas y servicios privatizados

Por definición, al concesionario le corresponden las siguientes labores: diseño, construcción y financiamiento de la infraestructura, mantenimiento de la infraestructura, del equipamiento estándar y de todo el equipamiento de seguridad, y prestación de servicios penitenciarios, tales como reinserción social, salud y medio ambiente, alimentación, lavandería, aseo y control de plagas y economato.

9.3.1.3. Mantención de Infraestructura, equipamiento estándar y de seguridad (programación anual)

Este servicio se realiza de acuerdo al plan de mantención aprobado por la Inspección Fiscal de Explotación e incluye tanto reparaciones como adaptaciones necesarias para permitir la normal operación de los establecimientos penitenciarios.

9.3.1.4. Servicio de Lavandería

Para efectos de su higienización, la ropa se divide en personal, fiscal y de cama, estableciéndose cuotas que pueden ser requeridas semanalmente y anualmente, tratándose de cubrecamas y frazadas.

9.3.1.5. Servicio Concesionado de Aseo y Control de Plagas

El objetivo de este servicio es que la empresa concesionaria deberá mantener el establecimiento penitenciario en las mejores condiciones de orden y limpieza. Esto a través de planes diarios, semanales, quincenales y mensuales de aseo.

La actividad se desarrolla a través de dos grupos diferentes:

1. El grupo de trabajo de zona interna, preocupado de pasillos y áreas comunes de los módulos, celdas, escuela y gimnasio, y guardia interna y recepción de internos.
2. El grupo de trabajo de zona externa, preocupado de oficinas, salas de control y garitas, dependencias de personal, áreas exteriores del edificio, área de salud y área laboral.

A su vez, el concesionario deberá mantener el establecimiento penitenciario libre de plagas y completamente sanitizado. Esto a través de las actividades de desinsectación, desratización y sanitización.

9.3.1.6. Servicio de alimentación y economato

El servicio de alimentación institucional, acorde a estándares de calidad, comprende todo el proceso, desde la recepción de los insumos hasta la distribución final de los alimentos. El servicio de alimentación se entrega en un 100% tanto a internos y lactantes, hijos de internas bajo custodia de Gendarmería, así como también a la totalidad de los funcionarios de la Institución, quienes cumplen jornada laboral en horarios de cada servicio alimentario.

La minuta de alimentación se planifica trimestralmente en base a la ración diaria. Esta ración diaria consiste en 3 comidas al día: desayuno, almuerzo y cena. Se suma una cuarta comida que se trata de una colación nocturna, la que es un servicio adicional para el personal de Gendarmería que se encuentra de turno.

Dentro de los objetivos del servicio de alimentación encontramos:

- Elevar la calidad de vida de los usuarios del servicio.
- Entregar un servicio con un alto estándar de calidad y seguridad.
- Otorgar alimentación a los internos dentro de un ambiente igualitario, contribuyendo a mejorar la convivencia interna.
- Otorgar alimentación a los funcionarios en un ambiente de distensión y satisfacción sensorial y social.

9.3.1.7. Servicio de Salud

Las prestaciones que debe proporcionar el concesionario incluyen los tres niveles de atención de salud. La atención primaria se entrega en la unidad de salud del establecimiento penitenciario, a su vez, la atención secundaria y terciaria, podrán ser entregadas en establecimientos externos de salud.

La concesión concibe que en el área de salud exista un mínimo de infraestructura, debiendo contar con un box de atención de urgencia, un box de consultas médicas, un box de toma de muestra, un box de consulta dental con RX, farmacias, salas de hospitalización, box kinesiológico, sala de yeso, sala de radiografía, lavandería y esterilización de equipos.

En cuanto al personal, la empresa concesionaria debe poner a disposición de la población penal un completo staff de salud, compuesto por médicos, dentistas, enfermeras, técnicos paramédicos, nutricionistas, kinesiólogos, químicos farmacéuticos, psiquiatras, traumatólogo, médico internista, dermatólogo, oftalmólogo, radiólogo y urólogo. En el caso de la población femenina, también debe concebirse la presencia de pediatras, ginecólogos y matronas.

Entre los programas que el área salud de la unidad concesionada debe implementar, encontramos: programa de salud mental, programa de Enfermedades de Transmisión Sexual (ETS), VIH/SIDA, programa de TBC, programa de adicciones, programa de saneamiento e higiene ambiental y programa de emergencias y catástrofes.

En cuanto a las funciones de la Unidad de Salud de los establecimientos penitenciarios concesionados, podemos encontrar:

- Entregar atención médica integral a nivel de resolución primaria.
- Coordinar con establecimientos de salud externos la atención médica segundaria y terciaria.
- Realizar exámenes preventivos del adulto a todos los internos condenados dentro de los primeros 15 días de reclusión.
- Elaborar fichas clínicas de la totalidad de la población penal.
- Evaluar a los internos hospitalizados en recintos exteriores y coordinar la duración de estas hospitalizaciones.
- Realizar prescripción dietética a internos crónicos y a aquellos que lo requieran.

9.3.1.8. Servicio de Reinserción Social

Esta área cuenta con un Jefe de Servicio y tres jefaturas de área (Psicosocial, Capacitación y Laboral, y Educacional). El equipo de profesionales está compuesto, en su mayoría, por psicólogos, asistentes sociales y profesores, pero también está integrado por terapeutas ocupacionales, monitores en deportes y recreación, entre otros. Frente al equipo de reinserción social de la empresa concesionaria, existe un encargado del servicio de reinserción que es funcionario de Gendarmería de Chile y que actúa como contraparte técnica respecto del equipo externo de la empresa concesionaria.

Las bases de licitación señalan que el Servicio de Reinserción Social tiene por objeto "*diseñar, ejecutar y monitorear programas de reinserción social orientados a dar cumplimiento a las políticas de Gendarmería de Chile, en particular a sus objetivos generales de atender, asistir y contribuir a la reinserción social*". Para ello, este servicio emplea una

serie de técnicas específicas, como la capacitación, intervención social, psicológica y formación de hábitos. Este proceso de mediano y largo plazo pretende modificar las conductas que inciden en la génesis y el desarrollo de los actos delictuales del individuo (Fundación paz Ciudadana, 2013: 44).

La población objetivo del Programa de Reinserción Social es la población condenada. Sin embargo, la línea programática propuesta por la empresa concesionada considera algunas intervenciones de carácter general para la población de internos imputados, ya que su permanencia en el recinto penitenciario puede ser, en muchos casos, prolongada, lo que hace necesario dirigir algunas intervenciones que disminuyan los efectos de la prisionización, especialmente en el caso de los primerizos. Estas intervenciones son de carácter general y están orientadas a tener un diagnóstico básico, una ficha de cada uno de los internos y un plan de trabajo individual y grupal para ellos.

El Programa está dividido en ocho subprogramas, el primero de los cuales sólo se desarrolla cuando hay población penal que lo amerite.

6.1 Subprograma Atención a Lactantes hijos de internas. Se ejecuta en los recintos que cuentan con población femenina, con hijos en edad de ser usuarios del mismo.

6.2 Subprograma para la atención de internos en el área social. Su objetivo es proporcionar al interno apoyo social a través de instrumentos que faciliten su egreso, así como su reinserción social y comunitaria. Para ello se efectúan diagnósticos sociales a la población penal condenada, incluyendo visitas domiciliarias. Adicionalmente, se realizan informes sociales para los procesos de libertad condicional, beneficios intrapenitenciarios y visitas especiales, según lo requerido por Gendarmería de Chile, e informes socioeconómicos solicitados por el Poder Judicial.

6.3 Subprograma de atención psicológica para internos. Pone énfasis en tres tipos de acciones: a) elaboración de diagnósticos psico-criminológicos; b) informes psicológicos para el proceso de libertad condicional y otras peticiones del Área Técnica y c) talleres de intervención psicológica con la población ya diagnosticada, conforme al Modelo de Competencias Pro-sociales, talleres de desarrollo de habilidades pro-sociales, psicoterapia grupal y desarrollo personal.

6.4 Subprograma de atención a internos que presentan adicción al consumo de alcohol y drogas. Funciona de conformidad con el Modelo de Intervención elaborado por la Comisión Nacional de Control de Estupefaciente (CONACE, actualmente denominado Servicio Nacional para la Prevención y Rehabilitación del Consumo de Drogas y Alcohol, SENDA), para los establecimientos penitenciarios de Chile.

6.5. Subprograma de Deporte, Recreación, Arte y Cultura. Concentra sus actividades en la realización de "eventos" deportivos, recreativos, artísticos y culturales, los cuales son considerados como "prestaciones" del Subprograma. Sin embargo, los reportes no dan cuenta de qué se entiende por evento ni de la cantidad de participantes, ni de los objetivos específicos de estos eventos en relación al objetivo general de reinserción social. Lo que sí señalan, pero en términos genéricos, es la

naturaleza del evento; no obstante, como estos eventos no están definidos, se considera como tal: un taller de monitores deportivos, un foro artístico o una competencia deportiva, en circunstancias que se trata de actividades que pueden tener un impacto muy diverso desde la perspectiva de la reinserción.

6.6 Subprograma de educación. Los cursos impartidos se orientan y fundamentan en la reforma sobre educación de adultos, implementada por el Ministerio de Educación durante 2007.

6.7 Subprograma de capacitación laboral. Este subprograma se orienta a desarrollar en los internos conocimientos y destrezas técnicas en oficios, capacidades de gestión, conductas y hábitos laborales que potencien o favorezcan su inserción laboral como trabajador dependiente o independiente.

6.8 Subprograma laboral. El objetivo de este Subprograma consiste en que los internos beneficiarios trabajen regularmente al interior del establecimiento, en puestos de trabajo ofrecidos por el concesionario o por terceras empresas, o ya sea como microempresarios, trabajadores independientes o artesanos. La concesionaria ha privilegiado la modalidad de trabajadores dependientes, especialmente bajo su dependencia, con la creación de puestos de trabajo en diferentes cargos: manipuladores de alimentos, auxiliares de aseo, mantención y jardinería, etc. Es decir, para la Concesionaria existe en esta alternativa una fuente de mano de obra, respecto de la cual se consigna el cumplimiento de una serie de obligaciones laborales, entre ellas la existencia de contrato laboral, sus fondos previsionales se depositan en una Administradora de Fondos de Pensiones (AFP), se les descuenta la suma correspondiente a seguro de salud en el Fondo Nacional de Salud (FONASA) y, además, se les abre una libreta de ahorro en la cual se deposita mensualmente el 15% de su sueldo para la generación de un fondo para su egreso (Martínez y Espinoza, 2009: 7 a 9).

En cuanto al alcance de los informes médicos, psicológicos, sociales y evaluaciones de los internos emitidos por el concesionario, el Jefe de Establecimiento podrá citar a las sesiones del Consejo Técnico a los profesionales o técnicos que la empresa concesionaria hubiere contratado para la provisión de los servicios de reinserción social, a objeto de requerir la información necesaria para fundar las resoluciones de dicho Consejo (artículo 118 del Reglamento de establecimientos penitenciarios).

El personal de la empresa concesionaria que hubiere sido citado al Consejo Técnico no tendrá derecho a voto y deberá presentar por escrito los informes que se le requieran conforme al servicio que presta. Tanto la asistencia a las sesiones a que fueran citados, como la presentación de informes, constituyen obligaciones que se entienden forman parte de la ejecución del servicio pertinente.

Los informes escritos emitidos por el concesionario, tendrán validez administrativa solo en la medida que sean incorporados en el acta de sesión del Consejo Técnico. Adquirirán el mismo valor, por el hecho de ser incorporados en algún informe, decisión administrativa, resolución o documentación oficial de Gendarmería de Chile.

Gendarmería de Chile podrá contar con profesionales y técnicos que formen parte del Consejo Técnico conforme a la normativa vigente, con el objeto de que, además de cumplir con las funciones que les son propias, actúen, si fuere necesario, como contraparte técnica de los profesionales y técnicos contratados por el concesionario.

9.3.1.9. Deberes del concesionario frente al Estado

1. Entrega oportuna y puntual de los servicios alimentarios. Gendarmería exigirá un 95% de días con entrega oportuna. Además, el concesionario deberá implementar un mecanismo de control y entregar un informe semestral.
2. Evaluación del estado nutricional de los internos. Gendarmería solicitará al concesionario efectuar una evaluación nutricional semestral, mediante determinación de índice de masa corporal, a una muestra de internos sanos, debiendo presentar un 80% de normalidad.
3. Análisis químico-proximal. Gendarmería solicitará al concesionario efectuar 3 veces al año dicho análisis, con la finalidad de evaluar el cumplimiento de los requerimientos nutricionales.
4. Análisis microbiológico. Gendarmería solicitará al concesionario efectuar 3 veces al año este análisis, para evaluar la calidad sanitaria de la alimentación, de acuerdo al Reglamento Sanitario de los Alimentos.
5. Encuesta de satisfacción. Se aplicará encuesta a todo el personal de Gendarmería de Chile, a fin de que evalúen la calidad integral del servicio entregado por la sociedad concesionaria, esto es: preparación, atención, local y otros temas afines.
6. Libro de sugerencias. A fin de facilitar el registro por parte de los usuarios de las inconformidades presentadas en la entrega diaria del servicio.

Cuadro resumen de las obligaciones de las partes:

Compromisos del Estado		**Compromisos de Empresas Concesionadas**
MOP: Inspección Fiscal de Explotación	**GENCHI: Unidad de Concesiones**	
Concesionar la prestación de servicios, mediante pago de una subvención	Administrar las cárceles	Construir y equipar las cárceles
Fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones contractuales y de los estándares mínimos establecidos para cada tipo de prestaciones	Mantener la seguridad de los recintos	Mantener la infraestructura
	Desarrollar las labores técnicas	Otorgar las prestaciones satisfaciendo los están- dares mínimos acordados
	Proveer las condiciones adecuadas para que las concesionarias puedan operar (seguridad, horarios, etc.)	Cumplir los resultados e indicadores de gestión de acuerdo a los contratos

Compromisos del Estado		Compromisos de Empresas Concesionadas
MOP: Inspección Fiscal de Explotación	**GENCHI: Unidad de Concesiones**	
		Adecuar sus prestaciones a las políticas de Gendarmería (poniendo énfasis en la reinserción)

Fuente: Elaboración propia

9.3.1.10. Fiscalización del contrato de concesión

La fiscalización del contrato de concesión es efectuada por un inspector fiscal nombrado por el Ministerio de Obras Públicas, que debe ser un funcionario público. Toda comunicación y relación entre el concesionario y el Ministerio de Obras Públicas debe canalizarse a través de este agente. El inspector debe fiscalizar el desarrollo del contrato de concesión y tiene las funciones y atribuciones que señalen las bases de licitación, entre las que destaca fiscalizarel cumplimiento de las siguientes tareas: el cumplimiento de las especificaciones y normas técnicas sobre la construcción de las obras; el plan de trabajo propuesto por la empresa concesionada; las normas de seguridad y calidad; proponer la aplicación de las multas que correspondan en virtud del contrato; y dictar órdenes e instrucciones para el cumplimiento del contrato de concesión.

Para desempeñar su labor, se puede autorizar la existencia de un equipo de "*asesoría de la Inspección Fiscal*", que podrá estar configurado por profesionales de distintas competencias. A diferencia del inspector fiscal, estos no son funcionarios públicos sino funcionarios externos especialmente contratados para estos efectos. Al Ministerio de Obras Públicas, a través de la Dirección respectiva, le corresponde la inspección y vigilancia del cumplimiento de las obligaciones del concesionario en la fase de construcción y de explotación. Así, en caso de incumplimiento de cualquiera de las obligaciones del contrato de concesión puede imponerle las sanciones y multas previstas en las bases de licitación (Fundación Paz Ciudadana, 2013: 38 y ss.)

9.3.1.11. Coordinación con Gendarmería de Chile

La coordinación de la empresa concesionaria con la autoridad penitenciaria se llevará a cabo por el Alcaide junto a sus asesores directos, esto es, el Jefe de Servicios, encargado del buen funcionamiento de la totalidad de los servicios prestados en el establecimiento penitenciario, el Jefe Operativo, encargado de la seguridad, clasificación y estadística de la Unidad Penal y el Jefe Interno, que supervigila y es responsable por el buen funcionamiento de las unidades y módulos de reclusión.

9.3.2. Condiciones dignas de reclusión

El encarcelamiento puede suponer el alojamiento de un gran número de personas en un espacio muy reducido, con poca o nula libertad de movimiento. Esto presenta una

serie de problemas específicos. En primer lugar puede existir un serio riesgo sanitario por el contagio de enfermedades. Las personas privadas de la posibilidad de lavarse el cuerpo o la ropa pueden contraer enfermedades dermatológicas o parásitos y transmitirlas a los demás ante la falta de camas o de ropa de cama. En climas fríos, los reclusos que carezcan de ropas adecuadas pueden contraer una neumonía. Un recluso privado de ejercicio y de acceso a la luz solar y al aire fresco puede sufrir una seria pérdida de tono muscular y deficiencias vitamínicas. Un recluso privado de cantidades suficientes de alimentos o líquidos puede sufrir serios daños a su salud (Coyle, 2009: 39).

No debe olvidarse que toda persona privada de libertad tiene derecho a ser tratada humanamente, con irrestricto respeto a su dignidad inherente, a sus derechos y garantías fundamentales y que la pena privativa de libertad es, por si misma, un medio aflictivo, por lo que las condiciones de privación de la libertad no pueden constituir un factor aflictivo adicional. Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha indicado que el Estado debe asegurar los siguientes requisitos mínimos indispensables: acceso a agua potable, instalaciones sanitarias adecuadas para la higiene personal, espacio, luz y ventilación apropiada, alimentación suficiente y un colchón y ropa de cama adecuados (Comisión IDH, 2011: 163).

Asimismo, tanto la Comisión como la Corte Interamericana han tomado en consideración el efecto o impacto acumulativo de las condiciones de reclusión a las que ha sido sometida una persona a fin de determinar si éstas en su conjunto han constituido una forma de trato cruel, inhumano o degradante. Al respecto la Corte ha determinado una multiplicidad de circunstancias que, combinadas, pueden llegar a constituir tratos crueles, inhumanos o degradantes en los términos de los artículos 5.1 y 5.2 de la CADH: falta de infraestructuras adecuadas; reclusión en condiciones de hacinamiento; sin ventilación y luz natural; en celdas insalubres; sin camas (durmiendo en el suelo o en hamacas); sin atención médica adecuada ni agua potable; sin servicios sanitarios adecuados (teniendo que orinar o defecar en recipientes o bolsas plásticas); con alimentación escasa y de mala calidad; con pocas oportunidades de hacer ejercicios; sin programas educativos o deportivos o con posibilidades muy limitadas de desarrollar dichas actividades (Comisión IDH, 2011: 164).

Por lo tanto, el alojamiento en el que residan los reclusos, la vestimenta y ropa de cama, las instalaciones sanitarias y la alimentación deben satisfacer ciertas normas básicas. Tradicionalmente, para la Comisión IDH las Reglas 10, 11, 12, 15 y 21 del conjunto de Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos constituyen criterios de referencia confiables en cuanto a las normas internacionales mínimas para el trato humano de las personas privadas de libertad en lo relativo al alojamiento, higiene y ejercicio físico.

9.3.2.1. Alojamiento

Las condiciones básicas de albergue incluyen para la Corte Interamericana de Derechos Humanos el que las personas privadas de libertad cuenten con espacio para dormir y

con una cama individual, entendiéndose que el concepto "*cama individual*", de acuerdo con el uso corriente del término, incluye necesariamente un colchón.

De manera particularizada, las Reglas Mínimas 10, 11 y 14 se refieren a las condiciones que deben reunir los lugares donde se alberguen personas privadas de libertad: a) los locales destinados a los reclusos y especialmente aquellos que se destinan al alojamiento de los reclusos durante la noche, deberán satisfacer las exigencias de higiene, habida cuenta del clima, particularmente en lo que concierne al volumen de aire, superficie mínima, alumbrado, calefacción y ventilación; b) en todo local donde los reclusos tengan que vivir o trabajar, las ventanas tendrán que ser suficientemente grandes para que el recluso pueda leer y trabajar con luz natural; y deberán estar dispuestas de manera que pueda entrar aire fresco, haya o no ventilación artificial; la luz artificial, por su parte, tendrá que ser suficiente para que el recluso pueda leer y trabajar sin perjuicio de su vista; c) todos los locales frecuentados regularmente por los reclusos deberán ser mantenidos en debido estado y limpios.

A las anteriores, deben agregarse las condiciones establecidas en el Principio XII.1. relativas a albergue, de los Principios y Buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas: (…) las instalaciones deberán tomar en cuenta las necesidades especiales de las personas enfermas, las portadoras de discapacidad, los niños y niñas, las mujeres embarazadas o madres lactantes, y los adultos mayores, entre otras.

9.3.2.2. Instalaciones sanitarias

Dado que la circulación de los reclusos dentro de la prisión suele estar severamente limitada, es importante que tengan acceso regular a las instalaciones sanitarias. Los reclusos deben tener acceso irrestricto a instalaciones de aseo e higiene, así como al agua potable. Asimismo, la prisión dispondrá de las instalaciones adecuadas para permitirles bañarse o ducharse. Estos temas son especialmente importantes en aquellos establecimientos en los que los reclusos son mantenidos durante largos períodos en condiciones de hacinamiento. Las disposiciones a tales efectos estarán pensadas para evitar humillar a los reclusos, como por ejemplo obligarlos a ducharse en público. El acceso a las instalaciones sanitarias adecuadas, que son un medio para reducir la posible propagación de enfermedades entre reclusos y personal, no sólo tiene por objeto proporcionar a todos el derecho de mantenerse limpios, sino también de mantener el respeto por sí mismos. Las instalaciones sanitarias deben ser de fácil acceso, limpias y privadas para garantizar la dignidad y la autoestima del recluso (Coyle, 2009: 43).

A este respecto las Reglas Mínimas señalan que las instalaciones sanitarias deberán ser adecuadas para que el recluso pueda satisfacer sus necesidades naturales en el momento oportuno, en forma aseada y decente (Regla 12). De igual forma se pronuncian los Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad

en las Américas en el Principio XII.2. al señalar que las personas privadas de libertad tendrán acceso a instalaciones sanitarias higiénicas y suficientes, que aseguren su privacidad y dignidad.

Para la Comisión IDH, los reclusos deben contar con un mínimo de privacidad para hacer sus necesidades fisiológicas y contar con inodoros o letrinas en sus celdas o bien, tener la posibilidad de acceder regularmente a estos servicios, sin necesidad de guardar la orina o el excremento en bolsas o recipientes plásticos dentro de sus celdas (Comisión IDH, 2011: 180)

9.3.2.3. Vestimenta y ropa de cama

Las normas internacionales obligan al Estado a proporcionar la indumentaria adecuada para mantener fresco o abrigado al recluso, en función de su estado de salud, y prohíbe que se les vista de manera degradante o humillante. También obligan al Estado a mantener la vestimenta limpia e higiénica, o a proporcionar a los reclusos los medios para ello. La naturaleza de las camas y de la ropa de cama puede variar según la tradición local. En muchos países, la norma es dormir en una cama con patas. En otros, sobre todo en las regiones más cálidas, la costumbre puede ser poner la ropa de cama o alfombras directamente sobre el suelo. Las disposiciones para los reclusos deben atenerse a las costumbres locales. La cuestión fundamental es que cada recluso debe tener su propia cama o colchón, ropa de cama limpia y un espacio propio para dormir (Coyle, 2009: 42).

A este respecto, las Reglas Mínimas 17 y 18 establecen que todo recluso a quien no se permita vestir sus propias prendas recibirá las apropiadas al clima y suficientes para que se mantenga en buena salud. Dichas prendas no deberán ser en modo alguno degradantes ni humillantes y deberán estar limpias y mantenidas en buen estado. La ropa interior se cambiará y lavará con la frecuencia necesaria para mantener la higiene. Cuando se autorice a los reclusos para que vistan sus propias prendas, se tomarán disposiciones en el momento de su ingreso en el establecimiento, para asegurarse de que están limpias y utilizables.

Por su parte, el Principio XII.3 de los Principios y buenas prácticas señalan que el vestido que utilicen las personas privadas de libertad deberá ser suficiente y adecuado a las condiciones climáticas, y tendrá en cuenta la identidad cultural y religiosa de las personas privadas de libertad. En ningún caso las prendas de vestir podrán ser degradantes ni humillantes.

Nuestra normativa, siguiendo los estándares internacionales, señala en el artículo 45 del Reglamento de establecimientos penitenciarios que el vestuario que entregue el establecimiento a los internos deberá ser digno y apropiado. Sin perjuicio de ello, los internos tendrán derecho a usar su propio vestuario en cuyo caso éste deberá reunir iguales requisitos.

En cuanto al colchón y ropa de cama, según los estándares mínimos internacionales proclamados en las Reglas Mínimas, cada recluso dispondrá, en conformidad con los usos locales o nacionales, de una cama individual y de ropa de cama individual suficiente, mantenida convenientemente y mudada con regularidad a fin de asegurar su limpieza (Regla 19). De igual forma, el Reglamento de establecimientos penitenciarios, en su artículo 46 dispone que todo interno tiene derecho a que la Administración Penitenciaria le otorgue al menos el catre, colchón y frazada.

9.3.2.4. Higiene personal

La Comisión IDH ha señalado que el cumplimiento de las condiciones de higiene implica, *inter alia* que el Estado debe proveer a los reclusos artículos esenciales de aseo personal como pasta dental y papel higiénico, sin que éstos tengan que comprarlos dentro de la cárcel o depender únicamente de que sus familiares o compañeros se los provean (CIDH, 2011: 180).

Las Reglas Mínimas de Tratamiento para el Recluso indican que para evitar la generación y propagación de enfermedades y permitir al recluso que pueda cumplir, de manera digna, con su obligación de presentación y aseo personal adecuados, los establecimientos penitenciarios deberán contar con instalaciones de baño y de ducha adecuadas para que cada recluso pueda y sea requerido a tomar un baño o ducha a una temperatura adaptada al clima y con la frecuencia que requiera la higiene general según la estación y la región geográfica, pero por lo menos una vez por semana en clima templado (Regla 13). Se exigirá de los reclusos aseo personal y a tal efecto dispondrán de agua y de los artículos de aseo indispensables para su salud y limpieza (Regla 15). Se facilitará a los reclusos medios para el cuidado del cabello y de la barba, a fin de que se presenten de un modo correcto y conserven el respeto de sí mismos; los hombres deberán poder afeitarse con regularidad (Regla 16).

En igual sentido se pronuncian los Principios y buenas prácticas, agregando que el estado deberá proveer regularmente a las mujeres y niñas privadas de libertad los artículos indispensables para las necesidades sanitarias propias de su sexo (Principio XII.2).

9.3.2.5. Alimentación y agua potable

Una de las obligaciones más básicas de las administraciones penitenciarias es proporcionar a todos los reclusos suficientes alimentos y bebidas para que no sufran de hambre o enfermedades derivadas de la desnutrición. Además, es necesario adoptar las medidas necesarias para que los reclusos coman en circunstancias adecuadas. Se les proporcionarán los utensilios individuales para ello y la posibilidad de lavarlos. Normalmente, no deberían comer en la misma habitación en la que duermen. Si esto no fuese posible, se brindará un área especial para las comidas. Es imprescindible que los reclusos tengan acceso regular al agua potable. Estas instalaciones deberán estar separadas de las empleadas para uso sanitario. (Coyle, 2009: 43).

9.3.2.5.1. Alimentación

Para el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas (CDESC), el derecho a una alimentación adecuada está inseparablemente vinculado a la dignidad inherente de la persona humana y es indispensable para el disfrute de otros derechos humanos consagrados en la Carta Internacional de derechos humanos (Observación general Nº21/1999. El derecho a una alimentación adecuada, punto 4). Agrega que para que los alimentos sean aceptables para una cultura o unos consumidores determinados hay que tener también en cuenta, en la medida de lo posible, los valores no relacionados con la nutrición que se asocian a los alimentos y el consumo de alimentos, así como las preocupaciones fundamentadas de los consumidores acerca de la naturaleza de los alimentos disponibles (Observación general Nº21/1999. El derecho a una alimentación adecuada, punto 11), cuestión relevante en relación principalmente a las tradiciones alimenticias de una comunidad indígena o de un grupo religioso determinado.

Los estándares internacionales al respecto señalan que las personas privadas de libertad tendrán derecho a recibir una alimentación que responda, en cantidad, calidad y condiciones de higiene, a una nutrición adecuada y suficiente, que tome en consideración las cuestiones culturales y religiosas de dichas personas, así como las necesidades o dietas especiales determinadas por criterios médicos. Dicha alimentación será brindada en horarios regulares, y su suspensión o limitación, como medida disciplinaria, deberá ser prohibida por la ley (Principio XI de los principios y buenas prácticas). En igual sentido la Regla Mínima 20 (1).

Importa destacar que la Comisión IDH ha reiterado que aun cuando la alimentación de las personas privadas de libertad sea concesionada en un tercero, el estado sigue siendo responsable de la supervisión y control de calidad de los productos entregados por las empresas, y de que tales productos efectivamente lleguen íntegros hasta los presos (CIDH, 2009: 182).

En relación a la alimentación, nuestro reglamento dispone que los internos tendrán derecho a que la Administración les proporcione una alimentación supervigilada por un especialista en nutrición, médico o paramédico, y que corresponda en calidad y cantidad a las normas mínimas dietéticas y de higiene. Sin perjuicio de lo anterior, los internos podrán adquirir en los economatos que funcionen en los establecimientos penitenciarios, bienes o especies para su consumo o uso personal. En ningún caso el servicio de economato tendrá fines de lucro (artículo 47).

9.3.2.5.2. Agua potable

Toda persona privada de libertad tendrá acceso en todo momento a agua potable suficiente y adecuada para su consumo. Su suspensión o limitación, como medida disciplinaria, deberá ser prohibida por la ley (Principio XI de los principios y buenas prácticas).

La Corte IDH ha establecido que la falta de suministro de agua para el consumo humano es un aspecto particularmente importante de las condiciones de detención. La ausencia de las condiciones mínimas que garanticen el suministro de agua potable dentro de un centro penitenciario constituye una falta grave del Estado a sus deberes de garantía hacia las personas que se encuentran bajo su custodia, toda vez que las circunstancias propias del encierro impiden que las personas privadas de libertad satisfagan por cuenta propia una serie de necesidades básicas que son esenciales para el desarrollo de una vida digna, tales como el acceso a agua suficiente y salubre (Corte IDH. Caso Vélez Loor vs Panamá, 23 de noviembre de 2010).

El CDSEC, en su Observación General Nº 15 sobre el derecho al agua, establece que (1) el agua es un recurso natural limitado y un bien público fundamental para la vida y la salud. El derecho humano al agua es indispensable para vivir dignamente y es condición previa para la realización de otros derechos humanos. (2) El derecho humano al agua es el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico. Un abastecimiento adecuado de agua salubre es necesario para evitar la muerte por deshidratación, para reducir el riesgo de las enfermedades relacionadas con el agua y para satisfacer las necesidades de consumo y cocina y las necesidades de higiene personal y doméstica.

Recalca dicha Observación que (16) aunque el derecho al agua potable es aplicable a todos, los Estados Partes deben prestar especial atención a las personas y grupos de personas que tradicionalmente han tenido dificultades para ejercer este derecho, en particular las mujeres, los niños, los grupos minoritarios, los pueblos indígenas, los refugiados, los solicitantes de asilo, los desplazados internos, los trabajadores migrantes, los presos y los detenidos. En particular, los Estados Partes deben adoptar medidas para velar por que: g) Los presos y detenidos tengan agua suficiente y salubre para atender a sus necesidades individuales cotidianas, teniendo en cuenta las prescripciones del derecho internacional humanitario y las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos.

Finalmente y en lo que dice relación con las funciones del personal de salud en los establecimientos penitenciarios en relación a las condiciones de reclusión, la Regla Mínima 26 establece lo siguiente: 1) El médico hará inspecciones regulares y asesorará al director respecto a: (a) La cantidad, calidad, preparación y distribución de los alimentos; (b) La higiene y el aseo de los establecimientos y de los reclusos; (c) Las condiciones sanitarias, la calefacción, el alumbrado y la ventilación del establecimiento; (d) La calidad y el aseo de las ropas y de la cama de los reclusos; (e) La observancia de las reglas relativas a la educación física y deportiva cuando ésta sea organizada por un personal no especializado.

9.3.3. Actividades culturales y deportivas

Las prisiones deben ser lugares en los que existan programas integrales de actividades constructivas que ayuden a los reclusos a mejorar su situación. Como mínimo, la experiencia de la prisión no debe dejar a los reclusos en una situación peor a la que estaban al comenzar su condena, sino que debe ayudarles a mantener y mejorar su salud y el funcionamiento intelectual y social (Coyle, 2009: 87).

En atención al fin de prevención especial positiva asignada a la ejecución de las penas privativas de la libertad, los establecimientos penitenciarios deberán contar con una gama diversa de actividades que se encuadren dentro del programa de reinserción social. Toda acción penitenciaria (cultural, deportiva, laboral, educacional o de otra naturaleza), ha de operar basada en proyectos y programas con objetivos y metodologías específicas para cada uno de ellos, atendiendo a las características, necesidades y realidades propias de cada recinto y grupo (mujeres – hombres y poblaciones especiales).

Lo anterior es recogido por la normativa internacional tanto en las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas, como en los Principios básicos para el tratamiento de los reclusos y en el Conjunto de principios y buenas prácticas.

Los Principios básicos señalan que todos los reclusos tendrán derecho a participar en actividades culturales y educativas encaminadas a desarrollar plenamente la personalidad humana (principio 6). Para el bienestar físico y mental de los reclusos se organizarán actividades recreativas y culturales en todos los establecimientos (Regla Mínima 78), los que deberán tener una biblioteca para el uso de todas las categorías de reclusos, suficientemente provista de libros instructivos y recreativos (Regla Mínima 40). En igual sentido se refiere el Principio XIII inciso 5 de los principios y buenas prácticas.

En relación a las actividades deportivas, la Regla Mínima 21 dispone que: (1) El recluso que no se ocupe de un trabajo al aire libre deberá disponer, si el tiempo lo permite, de una hora al día por lo menos de ejercicio físico adecuado al aire libre. (2) Los reclusos jóvenes y otros cuya edad y condición física lo permitan, recibirán durante el período reservado al ejercicio una educación física y recreativa. Para ello, se pondrá a su disposición el terreno, las instalaciones y el equipo necesario.

La normativa nacional, dentro de las actividades encaminadas a la reinserción social, establece en su artículo 95 que la administración penitenciaria deberá fomentar el desarrollo de actividades deportivas, recreativas y culturales por parte de los presos.

Capítulo 10. Régimen disciplinario

10.1. Introducción

10.1.1. Principios generales

I. El régimen disciplinario, igual que el resto de los institutos jurídico penitenciarios, está inspirado en las metas resocializadoras y se aplica bajo la garantía de la legalidad. La vigencia de estos principios obliga a los legisladores, en primer lugar, a plantear un uso del mismo sometido a la intervención mínima y la proporcionalidad, pero, en segundo lugar, le compromete con buscar vías de resolución de conflictos desinstitucionalizadas. Así entendido el régimen disciplinario no debiera ser ni el único ni siquiera el más importante de los mecanismos del sistema para lograr una convivencia ordenada ("*Los procedimientos disciplinarios serán mecanismos de último recurso.*" "*En la medida de lo posible, las autoridades penitenciarias recurrirán a los mecanismos de restauración y mediación para resolver sus diferencias con los detenidos y las discusiones entre ellos.*" N. 55 y 56. Normas Penitenciarias Europeas). A pesar de que el escenario de las cárceles genera por si solo tensiones y violencia estructurales entre quienes lo sufren, se han experimentado otras vías alternativas que fomentan la autorresponsabilidad y que coadyuvan en el logro de esos objetivos. Algunas de las propuestas de la Sociología moderna son transferibles al mundo de las prisiones y dentro de él es posible lograr que se garantice la convivencia ordenada sobre la base de unas relaciones fluidas y dinámicas entre los internos y el personal penitenciario, que permita una eficaz intervención preventiva.

La mayoría de los sistemas disciplinarios convencionales, en cambio, reproducen un esquema rígido y muy severo de acción/represión de corte retributivo. Apenas encontramos en el derecho comparado interés de los legisladores por crear fórmulas alternativas con procedimientos de mediación o procedentes de la justicia restaurativa, con sanciones integradoras y con un esfuerzo por fomentar la autorresponsabilidad de la comunidad a la que va dirigida la sanción. La gravedad de las sanciones –casi todas ellas afectan a bienes jurídicos personales–, las condiciones de indefensión del preso, el fracaso frente a este colectivo de otros sistemas punitivos más graves o los fines resocializadores son algunas de las circunstancias concurrentes que avalarían la puesta en marcha de esas alternativas.

Ciertamente, no es imaginable una prisión sin un sistema disciplinario, como tampoco lo es cualquier otra organización social, por sencilla y cohesionada que sea; ahora bien, el régimen disciplinario tiene que estar acotado y emplearse con los criterios que hemos mencionado y ser aplicado con garantías de equidad y justicia, de forma que así lo perciban los internos. Esto obliga a traer a este ámbito algunos principios democráticos y jurídicos del proceso. Así, por ejemplo, el principio acusatorio o el de publicidad son muy importantes. No pueden aplicarse pesquisas inquisitoriales, ni sanciones colectivas, ni puede burlarse el derecho que toda persona tiene de estar informado del expediente disciplinario abierto contra él. Por otro lado, la jurisprudencia constitucional comparada ha establecido que son de aplicación a la potestad sancionadora de la Administración penitenciaria los principios de reserva de ley, tipicidad, "*non bis in idem*", irretroactividad de normas desfavorables, derecho a la defensa, presunción de inocencia, tutela judicial efectiva.

II. Nadie discute la naturaleza jurídica de sanción administrativa que tienen los castigos que pueden imponerse a través del régimen disciplinario, regulado para las prisiones. Administrativo es, tanto el órgano, que las impone, como lo son, las normas que lo regulan. No obstante, existen razones que apuntan a que nos encontramos ante un régimen disciplinario de la Administración de carácter específico. Las circunstancias que lo convierten en específico son, al menos, las siguientes:

- El control judicial de la actividad disciplinaria no se hace a través del contencioso administrativo, sino —generalmente— a través de una jurisdicción especial, la jurisdicción penitenciaria.
- A pesar de que con rango constitucional se prohíbe a la Administración aplicar sanciones que entrañen privación de libertad, la Administración penitenciaria puede castigar con el aislamiento en celda.
- Las sanciones administrativas no tiene como objetivo lograr la resocialización del sancionado, sin embargo, la sanción disciplinaria en la prisión, como parte del sistema penitenciario, se orienta a esos fines y en ellos debe inspirarse para determinar su contenido y duración, entre otros aspectos.

Además de otros principios y garantías, el sistema sancionatorio que se aplica en las prisiones está sometido a los siguientes principios que informan sobre su contenido y alcance:

- Principio de legalidad. Considerando que la sanción disciplinaria tiene una naturaleza hibrida, de forma que cuenta con elementos punitivos, pero también presenta una gran similitud con las medidas de seguridad, el principio de legalidad no tiene la misma fuerza garantista que tiene en el sistema penal, ni se puede mantener con el mismo rigor en relación con las conductas sancionables, ni tampoco con los criterios que debe emplear el órgano sancionador para imponer la sanción o ejecutarla. Ahora bien, si debe exigirse el conocimiento a través de la ley de las sanciones previstas para castigar. Considerando, igualmente, que algunas de estas sanciones

conllevan la privación de libertad mediante el aislamiento en celda, el catálogo de sanciones debe aparecer en una norma de rango legal. También en una norma de esta naturaleza se deben recoger los objetivos del régimen disciplinario y los criterios esenciales con los que el órgano debe concretar la sanción. En caso de que se produzca una remisión a una norma jurídica de rango inferior, como puede ser un reglamento, este debe respetar en su totalidad la función de desarrollo de la ley, circunscribirse al mandato legal, sin entrar en contradicción con él, ni contemplar restricciones de los derechos que no estén amparadas por la ley. Para dar satisfacción al principio de legalidad, a tenor de la N. 57. 2 de las Normas Penitenciarias Europeas, la ley debe, al menos, recoger los siguientes, aspectos del régimen disciplinario:

- los actos u omisiones de los detenidos que constituyan una infracción disciplinaria;
- los procedimientos a seguir en materia disciplinaria;
- el tipo y la duración de las sanciones disciplinarias a imponer;
- la autoridad competente para imponer dichas sanciones, y
- el procedimiento para presentar recurso de apelación.

  No obstante, los redactores de los Principios para la Protección de todas las Personas Sometidas a cualquier Forma de Detención se muestran menos exigentes en relación al principio de legalidad, tanto porque equipara el reglamento a la ley, como porque no hace mención al procedimiento ("*Los tipos de conducta de la persona detenida o presa que constituyan infracciones disciplinarias durante la detención o la prisión, la descripción y duración de las sanciones disciplinarias que puedan aplicarse y las autoridades competentes para aplicar dichas sanciones se determinarán por ley o por reglamentos dictados conforme a derecho y debidamente publicados.*" P. 30).

- Principio de subsidiaridad. Conforme a este principio el Derecho penal deja de ser imprescindible para la defensa de la sociedad cuando otros medios resultan menos lesivos para los derechos de las personas. Este enunciado se irradia a todo el sistema penal y, también, al régimen disciplinario de las prisiones que forma parte de él. El régimen disciplinario debe estar concebido como la última de las alternativas para lograr la convivencia ordenada en un centro. Aun cuando los legisladores no suelen referirse expresamente a este principio, el mismo se deriva inevitablemente del principio de resocialización ya que cualquier sanción introduce un elemento de violencia institucional que redunda en un incremento de los efectos desocializadores.
- Principio de oportunidad. Implica que la ejecución de las sanciones impuestas solo se ejecutará materialmente en caso que de que fuesen necesarias para alcanzar el objetivo de la convivencia ordenada ("*El orden y la disciplina se mantendrán con firmeza, pero sin imponer más restricciones de las necesarias para mantener la seguridad y la buena organización de la vida en común.*" R. 27. Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos).
- Principio de culpabilidad. Ni la condición de interno o la naturaleza de la pena o cualquier otra circunstancia personal pueden dar lugar a la apertura de un expediente disciplinario. La responsabilidad tiene como presupuesto la comisión de una conducta infractora. De igual manera no cabe imponer responsabilidad disciplinaria a

un interno al que no se le advirtió previamente de las conductas que estaban prohibidas ("*A su ingreso cada recluso recibirá una información escrita sobre el régimen de los reclusos de la categoría en la cual se le haya incluido y sobre las reglas disciplinarias del establecimiento*" R.35.1. Reglas mínimas para el tratamiento de los Reclusos). Cuando en el establecimiento no se ha cumplido de forma correcta con el deber de informar, bien porque no se ha hecho, o porque se han empleado unos medios inadecuados, por inalcanzables para algunos internos, o no se ha actualizado dicha información, no podrá sancionarse a quienes sin conocer la prohibición realiza la conducta infractora.

- Principio de resocialización. Como cualquier otro instituto penitenciario el régimen penitenciario se orienta a favorecer las posibilidades de lograr la resocialización de los privados de libertad. Numerosos aspectos de los que se proponen desde las instancias internacionales tienen su fundamento en este principio. El propio carácter de ultima ratio y la búsqueda de alternativas más integradoras tratan de transmitir al interno otras experiencias distintas con la justicia que le transmite la idea de que se le trata como un sujeto de derechos. Pero también este principio debe informar la ejecución de las sanciones, procurando que la misma sea compatible con la presencia del sancionado en todas las actividades resocializadoras en las que participe y procurando que los antecedentes disciplinarios no incidan de forma grave o desproporcionada en el desarrollo posterior de la condena.

III. La responsabilidad disciplinaria tiene una duración temporal ajustada al tiempo en el que el condenado permanece en la prisión en calidad de condenado o preventivo o, bien, se encuentra egresado gracias a disfrutar de un beneficio penitenciario. En estas ocasiones aun estando fuera de la prisión mantiene su vigencia el régimen disciplinario. Ahora bien, una vez concluida la relación penitenciaria, cuando el sujeto sale definitivamente en libertad quedan extinguidas todas las responsabilidades disciplinarias que estuvieren en tramitación o que estuvieren ejecutándose ya que el único fundamento de esa relación disciplinaria está en la condición de privado de libertad.

Incluso, cuando eventualmente, se produce un nuevo ingreso, si la salida de prisión llegó a extinguir la relación penitenciaria, no puede negársele el acceso a cualquier beneficio en base a la mala conducta manifestada en el ingreso anterior. Dicho en otros términos, los antecedentes disciplinarios se extinguen, a todos los efectos, en el momento en que se interrumpe esa relación penitenciaria.

10.1.2. La participación de la población de los internos en las funciones disciplinarias

La mayoría de las normas nacionales e internacionales convienen en que los internos deben quedar al margen de las competencias disciplinarias. "*Ningún recluso podrá desempeñar en los servicios del establecimiento un empleo que permita ejercitar una facultad disciplinaria*." (R. 28. Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos). Como en tantas ocasiones en temas penitenciarios la prohibición arranca de unos presuntos riesgos

de abusos de esas competencias y de fomento de las mafias carcelarias. Sin embargo, las experiencias apuntan a resultados positivos cuando se permite una integración regulada de los internos en la resolución de cuestiones esenciales de la gestión de un establecimiento penitenciario. Por otro lado, semejante disposición limita las posibilidades de desarrollar dentro de la prisión algunos principios como los de autorresponsabilidad y democratización, con los que el interno se hace responsable del diseño regimental y permite una práctica democrática durante el tiempo penitenciario.

Quizás estas reflexiones dieron lugar a que las Reglas Mínimas señalaran más adelante que "*sin embargo, esta regla no será un obstáculo para el buen funcionamiento de los sistemas a base de autogobierno. Estos sistemas implican en efecto que se confíen, bajo fiscalización, a reclusos agrupados para su tratamiento, ciertas actividades o responsabilidades de orden social, educativo o deportivo*". (R. 28).

Para posibilitar la intervención de la población penitenciaria en las actividades disciplinarias puede emplearse la figura de las comisiones representativas de internos que se embridan en las labores disciplinarias, bien elevando informes no vinculantes a los órganos disciplinarios, bien incorporando uno de sus miembros en estos.

10.1.3. Las conductas infractoras

Con frecuencia se produce duplicidad en las tipificaciones de conductas delictivas e infractoras del régimen disciplinario, lo que obliga a pronunciarse sobre el complejo problema concursal cuando los hechos sancionables y las personas, que los cometieron, son las mismas. La cuestión es determinar si, en estos casos, debe acudirse a la figura del concurso de leyes externo y, consiguientemente, desplazar la responsabilidad disciplinaria a favor de la penal; o, por el contrario, nos encontramos ante un concurso ideal que permite aplicar ambas responsabilidades.

Como sabemos, una garantía estrechamente asociada al principio de legalidad es la de *non bis in idem* que reconocen todas las constituciones, por medio de la cual queda prohibido que un mismo hecho pueda ser objeto de una doble sanción. Sin embargo, la ya mencionada tesis de la relación especial de sujeción de la que se deriva un pretendido deber especial que solo afecta a quienes se encuentran dentro de ella, ha servido de fundamento para defender las diferencias cualitativas entre el ilícito administrativo penitenciario y el ilícito penal y, consiguientemente, negar la vigencia del principio de *non bis in idem* en lo penitenciario. Los legisladores abusan de la compatibilidad de ambos ordenes sancionatorios y permiten, con carácter general, que los internos puedan ser sancionados dos veces por unos mismos hechos, a pesar de que hoy, más que nunca, faltan argumentos para poder seguir sustentando la tesis clásica de la diferenciación sustancial y se hace imposible negar lo evidente que "*en el corazón de todos los sistemas disciplinarios funciona también un pequeño mecanismo penal*", lo cual no empece que pueda hablarse de independencia entre ambos ilícitos. Y, por tanto,

aun a falta de una declaración programática en un texto general que regule la capacidad sancionatoria de la Administración debe mantenerse la inconstitucionalidad de aquellas normas que permiten la duplicidad sancionatoria e, incluso —como sucede en el ámbito penitenciario—, hacen prevalecer la sanción disciplinaria frente a la penal cuando ambas concurren. Mantener la duplicidad no solo es conculcar el principio de legalidad, sino el de igualdad ante la ley.

También vemos invocada la seguridad del establecimiento para defender la necesidad de la doble sanción. Se alega, sobre todo por parte de los responsables de las administraciones penitenciarias, que si no se dispone de un sistema sancionatorio de respuesta inmediata y propia para castigar aquellas conductas más graves, que son las que suelen coincidir con los ilícitos penales, puede ponerse en peligro la convivencia ordenada del centro. Pero la Administración penitenciaria no queda desprotegida por el hecho de que se respete esta garantía, bien al contrario, la legislación tiene previsto unos mecanismos de intervención inmediata para neutralizar cualquier acto que pueda ser un peligro para la convivencia ordenada, también contempla la aplicación de medidas cautelares y, por último, la gran mayoría de los beneficios penitenciarios tienen como presupuesto la buena conducta que deja de concurrir en quienes cometen faltas o delitos durante su estancia en la prisión. Téngase en cuenta que dentro del concepto de mala conducta se incluyen tanto los comportamientos que dan origen a una sanción disciplinaria, como, con más razón, a responsabilidad penal.

10.1.4. Las sanciones

En una sociedad tan carencial y tan controlada como la penitenciaria buscar un catálogo de sanciones no es un ejercicio complicado. Cualquier restricción que se sume a las muchas que se padecen produce un intenso efecto negativo sobre el interno. La imposibilidad de acceder al patio, por ejemplo, o la reducción del tiempo o la frecuencia de comunicaciones con las familias o amigos son graves limitaciones de derechos que tienen un efecto intimidatorio o, mucho más aún, el alejamiento del término para acceder a un beneficio que precipite la egresión.

Lamentablemente un análisis de derecho comparado nos muestra a un legislador falto de imaginación que incide una vez más en la privación de libertad, como forma de castigo. El aislamiento en celdas es una sanción degradante e inhumana que somete a la persona a un encierro o enjaulamiento permanente en un espacio reducido —conforme a la legislación española, el aislamiento puede ser de hasta cuarenta y dos días continuados— y solo puede estar justificado cuando concurren razones probadas de que el individuo es extremadamente peligroso o inadaptado y necesita estar sometido a ese control extraordinario. Ni siquiera cuando se toma la precaución de no imponerla a los enfermos o a las mujeres embarazadas o en periodo de lactancia, o cuando se prevén salidas durante unas horas a un patio o cuando se garantiza que el sancionado va a ser regularmente visitado por el médico, deja de ser un encierro inhumano. En

algunos centros en los que los internos no disponen de celdas individuales se agrava aún más la sanción porque el aislamiento se cumple en celdas de castigo sin las más mínimas condiciones de habitabilidad. Las normas internacionales se han pronunciado al respecto, y, de manera particularmente clara, lo hacen los Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos que señalan que "*se tratará de abolir o restringir el uso del aislamiento en celda de castigo como sanción disciplinaria y se alentará su abolición o restricción*". (P.7). Algunos países, como es el caso de Alemania, han eliminado la sanción de aislamiento en celda o, al menos, han reducido su aplicación a los fines de semana.

Un sector minoritario de nuestra doctrina parte de la premisa de que la sanción de aislamiento en celda supone una auténtica privación de libertad derivada del carácter perfectamente mensurable del bien jurídico libertad, cuestionándose, en consecuencia, la constitucionalidad de dicha sanción al considerar que su aplicación vulnera la prohibición de que la Administración civil pueda imponer sanciones que, directa o indirectamente, impliquen privación de libertad. Sin embargo, esta seria objeción a la pervivencia del aislamiento en celda dentro del arsenal sancionador de la Administración penitenciaria se ve contraargumentada por la tesis que sostiene —apoyándose en la modificación del *status libertatis*, que se produce a consecuencia de la especial relación de sujeción a la que está sometido el interno y amparándose en el Convenio de Roma de 1950, sobre salvaguarda de los derechos y libertades fundamentales y en Resoluciones de la Comisión de Derechos Humanos de Estrasburgo (34)— que la libertad, que es objeto del derecho fundamental, resultó ya legítimamente negada por el contenido del fallo de condena; fallo que, por lo mismo, determinó la restricción temporal del derecho fundamental, que aquí se invoca, de donde se concluye que al estar ya privado de su libertad en la prisión, no puede considerarse la sanción como una privación de libertad, sino meramente como un cambio en las condiciones de su prisión, es decir, una mera restricción de la libertad de movimientos dentro del establecimiento añadida a una privación de libertad impuesta exclusivamente por sentencia judicial. Semejante teoría nos lleva a la peligrosa y, a la vez, errónea conclusión de que cualquier cambio en el nivel de privación de libertad del condenado —máxima seguridad o régimen abierto— es jurídicamente irrelevante, porque carece del *status libertatis*.

En todo caso, las normas internacionales insisten en que "*las penas corporales, encierro en celda oscura, así como toda sanción cruel, inhumana o degradante quedarán completamente prohibidas como sanciones disciplinarias*." (R. 31. Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos). El Comité para la Prevención de la Tortura (Informe 1992) ha sido más contundente considerando que la sanción de aislamiento en determinadas ocasiones puede ser calificada como trato inhumano y degradante. También están prohibidas aquellas sanciones que consistan en infligir un daño al cuerpo del sancionado o una restricción de la alimentación ("*Dicha alimentación será brindada en horarios regulares, y su suspensión o limitación, como medida disciplinaria, deberá ser prohibida por la ley*". P. XI).

La sanción no puede ni directa, ni indirectamente prolongar la estancia del interno en la prisión. En ningún caso una sanción disciplinaria puede consistir en retrasar el momento de la egresión, cuando está coincide con la fecha de cumplimiento de la pena, sería tanto como confundir la sanción penal y la disciplinaria. Pero tampoco puede afectar la sanción disciplinaria a aquellas situaciones en las que el condenado ha consolidado, por las circunstancia que sea-v.gr. la concesión de un indulto–, un recorte en la prisión cuando el legislador no tiene previsto que este condicionado a la buena o mala conducta.

10.1.5. Procedimiento

No solo porque la potestad sancionadora de la Administración se encuentra sometida constitucionalmente al principio de legalidad, sino también por la propia gravedad de las sanciones disciplinarias "*la determinación de las sanciones o medidas disciplinarias y el control de su ejecución estarán a cargo de autoridades competentes, quienes actuarán en toda circunstancia conforme a los principios del debido proceso legal*" P. XXII (Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas). Las garantías más destacadas del proceso penal mantienen su vigencia en el ámbito de la sanción administrativa y mucho más cuando esta tiene la gravedad que presenta en el marco penitenciario. Así que como primer compromiso que adquieren los legisladores es prohibir las sanciones de plano impuestas por un órgano penitenciario sin que el sancionado pueda defenderse en un procedimiento previo.

Como apuntamos al comienzo una de las garantías que es preciso asegurar es la equidad del órgano sancionador. Cuando la Administración ejerce su competencia sancionadora en cuestiones de autoprotección administrativa las sanciones disciplinarias no son sino la consecuencia natural del poder de dirección –dar órdenes, supervisar su cumplimiento y reaccionar contra su incumplimiento corrigiendo y sancionando–, por lo que el órgano competente está sometido a las disciplina de organización en función de los intereses propios; pero este no es el caso de las sanciones penitenciarias, en las que no hay autoprotección sino delegación jurisdiccional para la gestión del mandato de ejecución de una pena, es decir, de orden general. En estos casos, en la imposición de sanciones puede exigirse que se realice normalmente por órganos independientes e imparciales, que se nombre un instructor, que no haya coincidencia entre quien instruye y quien sanciona, que se le dé audiencia al sancionado para que pueda defenderse, que se garantice la asistencia jurídica y que se permita una segunda instancia ante la jurisdicción ordinaria contencioso administrativa.

Todo procedimiento disciplinario se inicia con la apertura de un expediente como consecuencia del levantamiento de un acta. Durante todo el procedimiento debe mantenerse la presunción de inocencia, es decir, la sanción tiene que basarse en pruebas de cargo incriminadoras, las cuales tienen que ser aportadas por quienes acusan, sin que nadie sea obligado a probar su inocencia. Si las pruebas no fueran concluyentes en

caso de dudas sobre los hechos o sobre la responsabilidad del sujeto expedientado corresponde la absolución. 30. 1) ("*Un 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. 2) Ningún recluso será sancionado sin haber sido informado de la infracción que se le atribuye y sin que se le haya permitido previamente presentar su defensa. La autoridad competente procederá a un examen completo del caso. 3) En la medida en que sea necesario y viable, se permitirá al recluso que presente su defensa por medio de un intérprete*." R. 30. Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos).

Una cuestión que ha merecido escasa atención es la asistencia jurídica del expedientado y el derecho a la defensa. El cumplimiento de este exige asegurarle la audiencia en el expediente, el uso de los medios de prueba y la contradicción en la defensa de sus intereses. Solo estará suficientemente asegurada la defensa cuando el interno puede ser asesorado por un abogado en las mismas condiciones de la defensa de oficio. En este sentido se señala que "*todo detenido tendrá derecho a solicitar asesoramiento jurídico y las autoridades penitenciarias le facilitarán razonablemente el acceso a él*." N. 23.1 Normas Penitenciarias Europeas).

Por otro lado una asistencia jurídica solo se considera válida si se garantiza la confidencialidad de la misma: De manera que salvo que medie una autorización judicial nadie podrá intervenir esas comunicación e, incluso, la administración debe procurar que las mismas se desarrollen sin injerencias regimentales en cuanto a horario o lugar de celebración ("*Las consultas y otras comunicaciones —incluida la correspondencia— sobre asuntos jurídicos entre un detenido su abogado serán confidenciales. Una autoridad judicial podrá, en circunstancias excepcionales, autorizar restricciones a este principio de confidencialidad a fin de evitar la comisión de un delito grave o un perjuicio mayor a la seguridad de la prisión*." Norma 23. 4 y 5. Normas Penitenciarias Europeas).

10.1.6. Las recompensas

I. El sistema penitenciario tiene como objetivo la limitación de los derechos de las personas que están sometidas a él. La pérdida de la libertad ambulatoria y otros derechos que forman parte de la identidad personal durante un determinado espacio de tiempo obliga a diseñar una sociedad, la carcelaria, fuertemente normativizada. Dicha sociedad solo se puede sostener cuando a los internos se la someten a un juego de estímulos de conductas conforme a la norma, negativos, cuando tiene como consecuencia unas sanciones disciplinarias y, positivos, cuando son recompensas. Los fines de ambas sanciones, la disciplinaria y la recompensa son idénticos: reforzar el cumplimiento de la norma, que no es otra cosa, que logar que la persona se comporte durante su estancia en la prisión como un buen interno, respetando una convivencia ordenada.

Este es el sentido de la recompensa. Pero, igual que para evitar los excesos en el uso de los sistemas disciplinarios, estos deben someterse al principio de seguridad jurídica y

al control legal y judicial, también las recompensas exigen establecer sobre ellas ciertas garantías o, de lo contrario, se corre el riesgo de que erosionen la convivencia. Que se concedan recompensas, no al interno que mantiene dentro de la prisión una actitud cívica e independiente, pero también responsable y solidaria, sino a aquel que responde a la idea de interno cómodo, sumiso, delator y confidente provoca tensiones y violencias carcelarias. No debemos olvidar que instituciones como estas han caracterizado los sistemas penitenciarios de corte autoritario, en la media que favorecen la subjetivación y la arbitrariedad.

Dicho lo anterior podemos definir como recompensas un conjunto de beneficios que se conceden motivadamente al interno por la realización de actos sobresalientes que ponen de relieve la responsabilidad personal y solidaria con el resto de las personas. Algunas legislaciones se refieren a la buena conducta, como motivo para la recompensa. Sin embargo, esta referencia resulta muy imprecisa ya que buena conducta es equivalente a un comportamiento ajustado a las normas regimentales. Quien no ha merecido una sanción disciplinaria, tiene buena conducta. La recompensa exige algo más, exige un comportamiento extraordinario, que haya sido valorado como muy positivo —ejs. actos solidarios ante situaciones de emergencia, labores de intermediación en un conflicto, espíritu de trabajo, etc.—.

Las recompensas pueden entenderse en un sentido más amplio, como todo incentivo que valore una actitud resocializadora. Evidentemente, que es plausible no perder de vista que las recompensas se insertan, como cualquier otra institución penitenciaria, en ese empeño común de fomentar el proceso de reinserción social del interno; sin embargo, conviene no confundir las recompensas con los elementos que configuran los programas resocializadores, diferencias que se sintetizan en estos dos aspectos:

- La recompensa tiene como presupuesto un hecho previo que ha sido valorado positivamente y que va a ser premiado como forma para incentivar conductas similares.
- La recompensa tiene un sentido más penitenciario. Su meta es lograr que el interno se comprometa con la institución penitenciaria para lograr una convivencia ordenada en el establecimiento.

Los potenciales destinatarios de una recompensa son todos los que se encuentren privados de libertad en el centro, sin distinción de su condición procesal o penitenciaria. Es posible que se haga, incluso, merecedor de una recompensa un interno que se encuentra sancionado.

Aunque mayoritariamente encontramos reguladas las recompensas en el derecho comparado, sin embargo, hay una importante diversidad de ellas. Por lo general, los contenidos de la recompensa giran en torno a los siguientes beneficios: gratificación económica o de recursos materiales, aumento de los contactos con el exterior o modificaciones en el cumplimiento de la pena. A veces la recompensa consiste en una

mención positiva que se recoge en el expediente del interno y que es posteriormente tenida en cuenta para decidir sobre aspectos del régimen que puedan favorecerlo.

10.1.7. Los medios coercitivos

El empleo de la violencia en un Estado de Derecho es un atributo que ejerce este en exclusiva y cualquier excepción tiene que tener una motivación grave y manifiesta. El funcionario de instituciones penitenciarias no debe emplear fuerza contra los internos, porque no es esa su función y porque no está preparado para el uso de medios violentos. Tan solo, como es lógico, ante urgentes situaciones de riesgo para sí mismo o para terceros, próximas a la legítima defensa, podrán actuar violentamente con la finalidad de neutralizar las agresiones. Resulta contraproducente para la reinserción de los internos y la normalización de la vida en la prisión que los empleados o trabajadores penitenciarios puedan aparecer ante la población reclusa como fuerza de seguridad. Por esta razón nos parece muy acertada la posibilidad de la intervención de la policía sin necesidad de llegar a las situaciones extremas o excepcionales. En términos muy similares a los que se producen en la sociedad libre, las fuerzas y cuerpos de seguridad públicas pueden entrar en un establecimiento para resolver conflictos puntuales, de la misma forma que lo hacen en las calles de nuestras ciudades. Así pues, cuando el personal penitenciario considere que el uso de los medios coercitivos excede manifiestamente de sus cometidos asistenciales, de custodia y vigilancia, o cuando pueda repercutir gravemente en su imagen frente a los internos, deben acudir a las vías legales previstas para que este reclame la presencia de las fuerzas de seguridad públicas para restablecer la convivencia ordenada.

En ocasiones la presencia de las fuerzas del orden dentro del establecimiento se retrasa o, por determinadas circunstancias, no se puede contar con ella y la urgencia de la situación puede exigir que los empleados del centro tengan que intervenir ejerciendo la violencia para restaurar el orden. Se trata de situaciones distintas a la legitima defensa, son momentos de tensión que previsiblemente van a desencadenar actos violentos con unos riesgos no identificables. Para estas situaciones las legislaciones prevén el empleo de los medios coercitivos.

Los medios coercitivos están sometidos al principio de legalidad. A tenor de los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas "*el personal de los lugares de privación de libertad no empleará la fuerza y otros medios coercitivos, salvo excepcionalmente, de manera proporcionada, en casos de gravedad, urgencia y necesidad, como último recurso después de haber agotado previamente las demás vías disponibles, y por el tiempo y en la medida indispensables para garantizar la seguridad, el orden interno, la protección de los derechos fundamentales de la población privada de libertad, del personal o de las visitas*." (P.XXIII). El texto destaca el carácter excepcional y temporal que tiene el uso de estos medios por el personal penitenciario y la obligación de tratar de controlar la situación mediante otras alternativas no violentas —v.gr. la mediación, la retirada estratégica, la negociación, etc.—. Algunas legislaciones

detallan los medios coercitivos que les está permitido emplear a los funcionarios de prisiones, lo importante es que los mismos no podrán hacer uso de armas de fuego.

Más conveniente son los esfuerzos por concretar con rango de ley las situaciones que pueden dar lugar al uso de estos medios; como hemos visto en el anterior documento de Principios y Buenas prácticas son situaciones muy graves para los derechos fundamentales o la seguridad (por ej. impedir actos de violencia o evasión, evitar autolesiones y vencer la resistencia activa) y, además, situaciones que demandan una intervención urgente. A nuestro juicio, no justificaría el empleo de estos medios los casos de resistencia pasiva, porque no son urgentes y permiten acudir a las fuerzas del orden. Desde luego, en absoluto, las situaciones descritas justifican por si solas el automatismo en el uso de la violencia. Como hemos venido señalando todas las medidas de seguridad, y esta con más razón, debe estar siempre justificada, el precitado documento internacional exige siempre la "*supervisión de autoridad competente*".

Es conveniente destacar la circunstancialidad que rodea el empleo de un medio coercitivo. Resuelto el conflicto, que justificó su empleo, debe normalizarse la situación. No puede prolongarse ni un aislamiento, ni el uso de las esposas, pues, de ser se transformaría en una sanción encubierta. Pero no es esta la única limitación que acompaña el uso de la violencia. Tampoco se puede emplear contra enfermos, convalecientes, mujeres embarazadas o que hayan tenido hijos en los últimos seis meses, salvo que se den circunstancias de extrema inmediatez de peligro para la integridad de las personas.

Lo procedente es que el uso de estos medios esté autorizado por el Director del establecimiento, dando posteriormente cuenta al juez de vigilancia penitenciaria. Salvo que concurrieran circunstancias que exigen una respuesta inmediata en cuyo caso cualquier funcionario puede hacer uso de los mismos, notificando cuanto antes al Director la incidencia.

Dentro del régimen disciplinario, por lo general, se contempla la posibilidad de aplicar medidas cautelares en la fase de instrucción del expediente para evitar la persistencia de los efectos de la infracción. Nada tiene que ver esta finalidad con el procedimiento disciplinario abierto y si con la restauración del orden dentro del establecimiento, pero de ser así ya no estaríamos ante ningún tipo de medida cautelar, sino ante el empleo de medios coercitivos. La cuestión tiene importancia en la medida que el empleo de estos se encuentra más circunscrito que el de las medidas cautelares.

10.2. Estudio jurídico. Argentina

10.2.1 Régimen disciplinario

"El derecho de ejecución penal es el saber acerca de las leyes que regulan el orden de los establecimientos, los derechos de los presos, los recursos para hacerlos efectivos, qué derechos

son limitados por la pena y en qué medida, como debe ser el trato a que se somete a los presos"[112] .

El sistema disciplinario es el modo con el cual cuenta la administración penitenciaria para asegurar el *"orden y la seguridad"* en los sitios donde se encuentren personas privadas de libertad por orden judicial. El fin sancionador tiene por objeto lograr que el interno respete el régimen penitenciario a fin de obtener la *"reinserción social"*[113].

Tal como lo sostiene el "Informe sobre los Derechos Humanos de las Personas Privadas de la Libertad en las Américas" del año 2011:

"Las autoridades de los centros de privación de libertad deben procurar que el uso de los procedimientos disciplinarios sea excepcional, recurriendo a ellos cuando otros medios resulten inadecuados para mantener el buen orden. Solamente deberán definirse como infracciones disciplinarias aquellos comportamientos que constituyan una amenaza al orden y la seguridad. Además, tanto las infracciones disciplinarias, como los procedimientos por medio de los cuales éstas se apliquen, deben estar previstos en la ley. Dichas sanciones deberán ser, en todo caso, proporcionales a la falta para la cual han sido establecidas, lo contrario equivaldría a un agravamiento indebido de la naturaleza aflictiva de la privación de libertad

Si bien pareciera afirmarse que el Estado debe garantizar que la seguridad y la disciplina sean mantenidas por medio de procedimientos disciplinarios claramente establecidos en la ley y los reglamentos respectivos; entendemos que ello es vulnerar el principio de legalidad sustancial. Por lo tanto, no puede permitirse la imposición de castigos extraoficiales o arbitrarios, ni que el buen orden de los establecimientos penitenciarios sea mantenido sobre la base del temor permanente de los reclusos hacia las autoridades penitenciarias o hacia otros reclusos en quienes éstas hayan "delegado" funciones de seguridad y disciplina. Este tipo de prácticas abusivas, además de constituir graves violaciones a los derechos humanos de las personas privadas de libertad, contribuyen a mantener un clima de resentimiento y enemistades que constantemente degenera en riñas, motines y otros actos de violencia en las cárceles.

En definitiva, los sistemas disciplinarios serán efectivos en la medida en que sean idóneos para cumplir sus objetivos manteniendo el balance entre dignidad humana y buen orden; y promoviendo un clima general de respeto en el que los reclusos desarrollen un sentido de responsabilidad hacia el cumplimiento de las normas. El que las autoridades penitenciarias

112. Zaffaroni - Alagia - Slokar, op. cit., p. 134.
113. De acuerdo a los art.s 1 y 79 de la LEP, se debe considerar que acatar las normas de conducta es para el beneficio del interno a fin de promover su reinserción social. Por tal motivo, la utilización de la potestad disciplinaria por parte de la administración penitenciaria no debería ir más allá del uso razonable de la misma, no puede entonces aplicarse con un criterio de reparación. Con respecto a la definición de conducta, el art. 100 establece que es la observancia de las normas reglamentarias que rigen el orden, la disciplina y la convivencia dentro del establecimiento. De acuerdo al art. 101 de la ley, constituye el concepto, la ponderación de su evolución personal de la que sea deducible su mayor o menor posibilidad de adecuada reinserción social. La imposición de correctivos disciplinarios sólo puede tener incidencia en la calificación de conducta del condenado.

cuenten con mecanismos disciplinarios eficaces es una herramienta fundamental para prevenir que dichas autoridades recurran a las torturas y los malos tratos"[114].

En definitiva, a lo que se debe propender es a lograr el respeto del principio de legalidad, el debido proceso y ejercer la defensa técnica efectiva en todo momento sin perder de vista que la finalidad del régimen disciplinario se encuentra contenida en la propia letra del art. 79 de la LEP, el cual alude a lograr una ordenada convivencia. Ese debería ser el eje que guíe las normas prohibitivas.

Por tal motivo, y de acuerdo a las Resoluciones dictadas por la Sra. Defensora General de la Nación tal como se analizará más adelante[115], resulta necesario que el Defensor plantee la suspensión de la sanción hasta tanto el Juez se expida, de acuerdo a lo prescripto por el art. n° 96 de la LEP.

Ello es así toda vez que la aplicación de sanciones disciplinarias, conlleva la aplicación de un "*castigo*" a los "*castigados*" y, por ende, deben regir todas las garantías constitucionales, procesales y penales vigentes.

El eje central de la cuestión disciplinaria acarrea un gran desafío para quienes ejercen la defensa técnica de las personas que se encuentran privadas de su libertad. Ello es así toda vez que el verdadero problema se centra en poder determinar si ante la verificación de una infracción disciplinaria y la aplicación de la sanción que corresponda, podrá influir en los llamados "*guarismos calificatorios*" o mejor dicho, si tal influencia podría afectar las calificaciones que reciben las personas sujetas a los mismos, reduciéndolas. O si en todo caso, habría que evaluar si ponderar la conducta y el concepto del condenado responde a circunstancias que exceden o resultan ajenas al correctivo aplicado. Desde ya insistimos que lo disciplinario solo tiene que ver con el aspecto conductual del interno, no con el aspecto conceptual.

---

114. "*Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas*"; OEA/Ser. L/V/II. Doc. Nº 64 del 31 de diciembre del año 2011; pág. 147.

115. Tal como se detallará más adelante, la Defensoría General de la Nación formuló diferentes resoluciones en aras al ejercicio de la defensa técnica eficaz: Resolución N° 752 del año 2010, se instruye a los Defensores Públicos Oficiales para que informen a sus asistidos privados de libertad acerca de los medios impugnativos existentes frente a las calificaciones de conducta y concepto elaboradas por las autoridades penitenciarias en el marco del régimen de progresividad. Asimismo se recomendó a los mismos, que pudieran articular las presentaciones pertinentes a fin de lograr la modificación de aquellas resoluciones administrativas que obstaculicen el progreso de los asistidos en el desarrollo del régimen penitenciario.
La Resolución N° 380 del año 2013, establece a los Sres. Defensores que soliciten a los Jueces que notifiquen de manera inmediata a la defensa técnica cuando tomen conocimiento de la imposición de un aislamiento provisional o una sanción disciplinaria a un interno. Se recomendó también que los Defensores soliciten judicialmente la suspensión del aislamiento mencionado o bien de la sanción impuesta. Asimismo, se recomendó que cuando tomen conocimiento de un procedimiento administrativo sancionatorio en trámite, soliciten sus suspensión y la declaración de inconstitucionalidad del decreto N° 18/97 a los Jueces que tienen a disposición al interno.
Por último, mediante la Resolución N° 937 del año 2013, la Defensoría General de la Nación dispuso que los Sres. Defensores, que sean notificados de la audiencia prevista en los términos del art. 40 del Decreto N° 18/97 y que no puedan asistir a la misma, deban comunicar tal extremo al Área Técnica del organismo mencionado a fin de poder arbitrar los medios correspondientes para que el interno pueda contar con la debida defensa en tal ocasión.

La situación enunciada seguramente resulte de vital importancia al momento de efectuar planteos técnicos defensivos. No escapa al conocimiento de los que abordan estos temas, que las calificaciones están directamente relacionadas con la posibilidad de que la persona privada de su libertad avance en el régimen progresivo tal como lo prevé la LEP que regula la materia. Y como decíamos antes, no es un tema menor toda vez que serán los "*guarismos calificatorios*" los que permitirán (o no) que el interno pueda optar por el cumplimiento de la condena mediante modalidades alternativas que podrían derivar incluso en egresos anticipados.

Las medidas adoptadas mientras una persona está detenida, es acompañada por lo que se denomina como principio de judicialización, es decir, control judicial permanente.

Resulta necesario recordarlo toda vez que la aplicación de sanciones en la actualidad, de acuerdo al modo en que está regulado, permite arbitrariedades. Uno de los ejemplos más claros resulta ser que al momento de sancionar a una persona (más allá de notificar al detenido y al juez), las apelaciones que se interpongan no tendrán efecto "suspensivo". Con lo cual aunque se recurra la decisión, la sanción sigue transcurriendo. En todo caso, lo único que se modificará al final serán las cuestiones que puedan volver atrás: los guarismos calificatorios.

El Defensor técnico del detenido es clave en los procesos de interposición de sanciones, toda vez que las mismas acarrean consecuencias claras e importantes para la vida de su asistido. Cierto es, por ejemplo, que nuestra ley establece un régimen progresivo que prevé avances con el cumplimiento de los objetivos que se han impuesto. En muchas ocasiones (por no decir, en la mayoría), las sanciones acarrean consecuencias que generan un retroceso en la progresividad y por ello resulta de vital importancia el rol del Defensor. En un párrafo subsiguiente se habla de la posibilidad de retrotraer en la progresividad por la aplicación de sanciones. Sin embargo, es necesario destacar que sólo se podría retrotraer en contadas ocasiones, tal como lo sostiene el art. 89 de la LEP, es decir sólo por la comisión de falta grave o reiterada.

El tema mencionado afecta tanto a las personas con condenas, como también, a los procesados. Por cuanto, a pesar que la norma que se aplica será el Reglamento General de Procesados[116], en caso de estar incorporado al régimen de condenados, la sanción generará una disminución en la calificación con lo cual seguramente, encontrará limitado el acceso a las visitas, a los egresos anticipados, entre otros beneficios.

Se considera entonces que se deberán tener en cuenta varios aspectos vinculados a la imposición de sanciones. Por ejemplo, el momento de la notificación y quiénes son informados de la sanción. De hecho, de acuerdo a la normativa argentina vigente, la notificación se efectúa al momento de tramitar/resolver el sumario que se inicia, pero

116. Decreto N° 18/97

si en ese período el interno (por sí mismo y a través de su Defensor Técnico) no ejerció correctamente su descargo, ni ofreció pruebas, la situación no podrá modificarse. Por tal motivo, la asistencia inmediata por parte del Defensor Técnico, desde el inicio del sumario, resulta de vital importancia. Consecuentemente, el ejercicio del derecho de defensa es una cuestión insoslayable.

Sin perjuicio de lo mencionado precedentemente, una sanción puede ser apelada por parte del defensor, aún en aquellos casos en los que el interno haya sido notificado y habiendo vencido el plazo de apelación, sin que haya hecho ejercicio del tal derecho. Ese es el criterio sostenido por la misma La Corte en el fallo "*Romero Cacharane*" al decir, entre otras muchas cuestiones, que cuando se trata del ejercicio de defensa por parte de una persona privada de libertad, el rigorismo formal debe ceder.

Por otra parte, se debe decir también que entendemos que es violatorio del principio de legalidad el hecho de que los catálogos de faltas no hayan sido elaborados por medio de una ley, sino que lo sea por medio de un decreto del Poder Ejecutivo. Esto, sin duda alguna, genera fuertes cuestionamiento desde el momento que quien está autorizando a aplicar un castigo –que implica mayor privación de libertad dentro de la privación de libertad–, es el Poder Ejecutivo y no el legislador. Claramente se viola el principio de legalidad penal.

Por otra parte, también con razón se ha cuestionado que implica una violación al debido proceso que tanto el inicio del sumario disciplinario como la recolección de la prueba y la resolución del incidente, esté en manos del director del establecimiento penitenciario. Ello tensiona el axioma constitucional de que para aplicar un castigo, solo está autorizado el juez.

Además, también se debe tener especialmente en cuenta que durante el trámite administrativo se haya garantizado el efectivo derecho de defensa.

Por último, es necesario tener en cuenta que al momento de imputarse la falta, se debe hacer hincapié en que la conducta haya producido algún daño o menoscabo concreto a la finalidad del art. 79 y 80 establecidos en la ley 24660. Es decir, que se afecte el principio de lesividad. Estas situaciones merecen de una defensa atenta y proactiva.

Conducta y concepto

Entendemos por conducta el comportamiento del condenado. Se trata de un parámetro objetivo que abarca el cumplimiento de las normas carcelarias que rigen el orden, la disciplina y la convivencia. Por tanto, las calificaciones de la persona privada de su libertad sólo pueden ser afectadas si ésta ha sido sancionada la resolución que impone esa sanción se encuentra firme, de lo contrario, habrá que realizar las presentaciones necesarias tendientes a que no se altere el guarismo calificatorio anterior.

Las sanciones disciplinarias tienen que ver con la conducta tal como surge del art. 100 y 103 de la LEP, donde se indica que ésta será calificada de manera trimestral, teniéndose especialmente en cuenta para la frecuencia de las visitas, recreos, etc. con los que contará el interno. Por tal motivo, la calificación de la conducta no debe incidir en la progresividad del régimen penitenciario, dado que tal cuestión tiene que ver con lo que se denomina concepto (tal como surge del art. 101 y 104 de la ley mencionada)[117].

Así, el concepto es la evolución personal que presenta la persona privada de su libertad y se utiliza con el fin de deducir la posibilidad de reinserción en la sociedad. Se trata de un parámetro subjetivo y de difícil control.

Por lo dicho, la comisión de infracciones disciplinarias sólo puede incidir en la calificación de conducta (aplicación estricta del art. N° 59 del Decreto N° 396 del año 1999 y art. 100 de la ley 24660).

Sobre las calificaciones

Mientras las calificaciones de conducta deben "*ponderar*" el desempeño en los aspectos obligatorios del tratamiento, las de concepto deben tener en cuenta su evolución en los aspectos voluntarios.

Sin embargo, se puede observar que Jefes/as de las áreas de criminología de las unidades penitenciarias valoran negativamente la falta de arrepentimiento por parte de un interno sobre la comisión de un delito aunque ello no es algo que la ley requiera. Se deberá advertir entonces, por la necesidad de velar por el respeto de las garantías constitucionales básicas como la prohibición de la autoincriminación.

De acuerdo al art. 13 de la LEP, existe la obligación de ponderar la evolución personal del interno y no ya su "*personalidad*" pero para ello serán necesarios criterios que puedan contrastarse. Por ejemplo, existirá una evolución favorable en el área educativa cuando el interno complete los estudios (sin perjuicio de lo cual, deberá ser el propio Estado el que garantice el acceso al derecho a la educación).

Reiteramos que las calificaciones conductuales solo serán disminuídas cuando la sanción se encuentre firme y que, en caso que así no suceda, se debe apelar dicha calificación.

117. De acuerdo al art. 100 de la LEP, y a fin de determinar la conducta, se debe evaluar: "la observancia de las normas reglamentarias que rigen el orden, la disciplina y la convivencia dentro del establecimiento". El concepto será entonces la evolución personal que presenta el detenido. A tal fin, cada responsable del área correspondiente requiere al personal a sus órdenes las observaciones que hayan realizado del condenado.

Faltas. Tipo de infracción

Según el Manual de Buena Práctica Penitenciaria. Implementación de las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos. Reforma Penal Internacional, *"es adecuado notar que las reglas disciplinarias, incluyendo los procedimientos de quejas y revisión que regulan la vida en la prisión, afectan la conducta de los presos, y el personal en sus interrelaciones. Para que los mecanismos disciplinarios y de quejas del recinto penal puedan disfrutar de la confianza del recluso, del personal penitenciario y de la comunidad es necesario que sean justos y efectivos… Los disturbios en los establecimientos penales, como huelgas de hambre, fugas, motines, disturbios e incluso suicidios, evidencian a menudo que el preso se siente engañado por la forma en cómo se administran las reglas disciplinarias, o que no tienen suficiente confianza en los mecanismos de queja en los cuales se pueden apoyar. Por otro lado, si el personal penal no percibe estos mecanismos como efectivos, pueden traspasar sus propias frustraciones a los prisioneros adoptando e imponiendo castigos inmediatos e ilegales a los presos, lo que también altera el equilibrio del sistema penitenciario"*[118].

Según el art. 14 del Reglamento de Disciplina para los Internos (regulado a través del Decreto 18/97 y que reglamenta el Capítulo IV, "Disciplina", de la LEP) "*Será considerada infracción disciplinaria el incumplimiento de las normas de conducta impuestas legal y reglamentariamente al interno en su propio beneficio, en el de terceros y para promover su reinserción social"*.

Debe recordarse en todo momento que rige el principio de legalidad, no solo formal sino sustancial, así como también, la garantía del debido proceso[119].

Por su parte, el art. 85 de la LEP indica la existencia de diferentes infracciones disciplinarias: leves, medias y graves, dejando librado a las reglamentaciones, las leves y medias[120]. Esto, como dijimos recientemente, es violatorio del principio de legalidad.

118. 2º. Ed.; San José, C.R.: Guayacán, 2002; pág. 38.
119. Ver CSJN "Recurso de hecho deducido por Oscar Juan Castro Veneroso en la causa Castro Veneroso, Oscar Juan s/ recurso arts. 40, 41 y 42 ley 22.140" del 23 de octubre del 2001. En dicho precedente, el Tribunal ha hecho extensiva esta doctrina a las actuaciones administrativas, al señalar que las garantías constitucionales del debido proceso y de la defensa en juicio son de inexcusable observancia en todo tipo de actuaciones, inclusive en los procedimientos administrativos de naturaleza disciplinaria, para lo cual resulta indispensable que la persona en cuestión haya sido notificada de la existencia del procedimiento que se le sigue o ha seguido, y que además se le dé la oportunidad de ser oída y de probar de algún modo los hechos que creyere conducentes a su descargo.
120. Faltas graves: "*a) Evadirse o intentarlo, colaborar en la evasión de otros o poseer elementos para ello; b) Incitar o participar en movimientos para quebrantar el orden y la disciplina; c) Tener dinero u otros valores que lo reemplacen, poseer, ocultar, facilitar o traficar elementos electrónicos o medicamentos no autorizados, estupefacientes, alcohol, sustancias tóxicas o explosivos, armas o todo instrumento capaz de atentar contra la vida, la salud o la integridad propia o de terceros; d) Intentar introducir o sacar elementos de cualquier naturaleza eludiendo los controles reglamentarios; e) Retener, agredir, coaccionar o amenazar a funcionarios u otras personas; f) Intimidar física, psíquica o sexualmente a otra persona; g) Amenazar o desarrollar acciones que sean real o potencialmente aptas para contagiar enfermedades; h) Resistir activa y gravemente al cumplimiento de órdenes legalmente impartidas por funcionario competente; i) Provocar accidentes de trabajo o de cualquier otra naturaleza; j) Cometer un hecho previsto como delito doloso, sin perjuicio de ser sometido al eventual proceso penal".*

Cuando se detectan determinadas faltas, el personal del SPF labrará el parte disciplinario o un acta donde constará la denuncia de los damnificados y/o de terceros (art. 31 del Decreto 18 del año 1997). Para que dicho acto sea válido es necesario cumplir determinados requisitos formales, caso contrario es nulo (por ejemplo, deberá constar una relación sucinta del hecho con las circunstancias de tiempo y lugar, los partícipes, etc.).

10.2.2. Recompensas

Las recompensas establecen un incentivo para los condenados que demuestren determinadas actitudes positivas durante su encierro.

En particular, la administración penitenciaria tendrá en cuenta:

- la Buena Conducta —que debe entenderse como la actitud del interno que demuestra una adhesión a modos de comportamiento personal, grupal o colectivo conducentes a una vida armónica, tanto en su relación familiar como en la que mantiene con los internos y el personal penitenciario—;
- el Espíritu de Trabajo, que incluye la demostración de la voluntad, disposición y esmero puestos al servicio de tareas de índole diversa; y, particularmente, la comprensión del fin social del trabajo en aras del bien común;
- la Voluntad de Aprendizaje, que es la actitud del interno que denota su interés en desarrollar sus potencialidades, habilidades o aptitudes para su crecimiento intelectual o moral, mediante sistemas formales o informales de capacitación, en la medida de sus posibilidades;
- el Sentido de Responsabilidad, que se interpreta como la capacidad del interno de adoptar una actitud de vida positiva en el establecimiento, sin otra motivación o interés que su propia convicción en el proceder adoptado, independientemente de la supervisión o de otros aspectos de control derivados de la presencia de la autoridad penitenciaria o de la existencia de normas reglamentarias.

En todos los casos, se deberá tener en cuenta las posibilidades particulares del interno y las del establecimiento donde es alojado. Además, es interesante pensarla globalmente, es decir que la recompensa no constituye una respuesta al cumplimiento de alguno o algunos de los actos mencionados por el art. 105 de la LEP, sino que se fundamentará en el desenvolvimiento personal que refleje la presencia de todos ellos en forma conjunta e integrada.

Así y teniendo en cuenta el decreto que las reglamenta, las Recompensas constituyen beneficios extraordinarios que otorga la administración penitenciaria al interno que demuestre con sus actos que cumple las actividades y programas previstos por la ley o realiza alguna actividad útil a los fines de una adecuada reinserción social y consecuentemente, de su superación personal y social.

De tal forma, el sentido de la recompensa no es el adelantamiento de la libertad ni la reducción de la pena impuesta, sino la concesión de un determinado tipo de beneficios de aplicación en tanto dure la privación de libertad.

Como venimos sosteniendo la ejecución de la pena privativa de la libertad se halla regulada por le ley 24.660 y también por sus decretos reglamentarios.

En particular, el Poder Ejecutivo en ejercicio de las atribuciones conferidas por el Art. 99, incisos 1) y 2) de la Constitución Nacional, decreta el Reglamento de las Modalidades Básicas de la Ejecución (Decreto nro. 396 del 21/4/99) que establece las funciones de los organismos de aplicación: Servicio Criminológico del establecimiento y Consejo Correccional del establecimiento. Conforme el mencionado decreto, el Servicio Criminológico resulta ser el organismo multidisciplinario que tiene la misión esencial de contribuir a la individualización del tratamiento del interno (art. 85 Decreto 396/99), dentro de las funciones específicas de este Servicio Criminológico se encuentra el otorgamiento de recompensas (art. 86 inc. 4, Decreto 396/99). También, resulta competente para el otorgamiento de las recompensas, el Consejo Correccional del establecimiento (art. 94 inc. 7, Decreto 393/99), organismo que se halla a cargo de la acreditación y la evaluación de los actos a que se refiere el art. 105 de la LEP. Este Consejo es quien realizará sesiones extraordinarias para determinar los méritos de los internos seleccionados, a fin de emitir un dictamen fundado sobre la procedencia de la Recompensa.

Con la sanción, por parte del Poder Ejecutivo del decreto 1139/2000, queda claramente establecidos los requisitos que referencia el art. 105 de la LEP. Así en su art. 1º establece: *"…Los actos del interno que demuestren en forma conjunta e integrada buena conducta, espíritu de trabajo, voluntad en el aprendizaje y sentido de responsabilidad en el comportamiento personal y en las actividades organizadas del establecimiento, conforme las "Reglas de Interpretación" anexas, serán estimulados, en virtud de lo dispuesto en el art. 105 de la Ley N° 24.660, mediante un sistema de recompensas que se regirá por ese reglamento y comprenderá a los condenados que cumplen su pena en establecimientos dependientes de la Dirección Nacional del Servicio Penitenciario Federal."*

Si bien la ley no establece distinción entre procesados o condenados para el otorgamiento de las recompensa; el decreto reglamentario 1139/2000 sí lo hace al realizar una distinción en el otorgamiento de los beneficios a internos que se encuentren incorporados al Régimen de Salidas Transitorias o de Semilibertad, de aquellos que no estén incorporados a dichos régimen.

Así, el condenado al que se le otorgue recompensa y no alcance el requisito del art. 7 de la LEP podrá obtener los siguientes beneficios:

a) Avanzar en el curso de la progresividad del régimen penitenciario conforme lo permite el art. 7 de la LEP;

b) influenciar sobre las calificaciones de conducta y de concepto previstas en los art.s 100 y 101 de la LEP,
c) percibir beneficios extraordinarios tales como: becas de estudio, participación prioritaria en actividades educativas, culturales, laborales y/ o recreativas; ampliación en la frecuencia y horario de las actividades que se realicen en el establecimiento; extensión en la frecuencia y horarios de visita; donación de materiales de estudio y de elementos de formación y capacitación profesional; traslado a otra sección del establecimiento; propuesta de traslado a otro establecimiento, siempre que no interfiera sus relaciones familiares y sociales; autorización para desempeñarse como colaborador en tareas educativas, culturales, recreativas o laborales en las secciones específicas y según sus propios conocimientos y capacidad. En todos los casos, los beneficios extraordinarios deberán adecuarse al régimen y a las posibilidades de cada establecimiento y así como estar previstos en sus reglamentos internos.

Por otro lado, con el fin de afianzar y mejorar los lazos familiares y sociales, los internos que cumplan con los requisitos del art. 17 de la LEP y que hayan sido objeto de las recompensas dispuestas en el art. 105 de la Ley N° 24.660, serán beneficiados con el otorgamiento de salidas transitorias semanales. Para ello, el Director del establecimiento, por resolución fundada, propondrá al Juez de Ejecución o Juez competente, la concesión de las salidas transitorias semanales, adjuntando la documentación en que se basa el otorgamiento de la recompensa. Una vez aprobada por el Juez, se harán efectivas las salidas transitorias semanales.

Los beneficios de las recompensas se mantienen mientras el interno reúna los requisitos del art. 105 de la LEP. El Director del establecimiento informará al Juez de ejecución o Juez competente cuando la recompensa pierda su vigencia por causas propias del interno, también le notificará cuando éste incurriere en alguna infracción grave o reiterada. En estos casos, el Juez de ejecución o Juez competente podrá modificar la frecuencia de las salidas, suspenderlas o revocar los beneficios por resolución fundada.

Control Judicial

Si bien la decisión de otorgamiento de las recompensas resulta competencias de la administración penitenciaria, el interno tiene derecho a recurrir en sede judicial un dictamen adverso del Consejo Correccional cuando se deniega ser objeto de recompensas. Lo contrario iría en contra de la garantía constitucional de la doble instancia y de legalidad en su faz interpretativa (arts. 18 de la CN y 9 de la CADH), con sus derivadas afectaciones a los principios de progresividad y reinserción social (arts. 5.6 de la CADH, 1 y 6 de LEP).

Internos incorporados al régimen de Salidas Transitorias que hayan sido objeto de recompensas.

En el caso de internos incorporados al régimen de salidas transitorias, en función del art. 17 de la LEP, reglamentado por el art. 28, apartado I, incisos a) o b) del decreto 396/99 y que fueran objeto de recompensa, debe tenerse especial atención en que no se reduzcan las frecuencias horarias concedidas por los supuestos que prevé la norma en los inc. a) o el inciso b), ya que las frecuencias horarias que prevé cada supuesto deben ser acumuladas a las salidas semanales de doce horas que prevé la recompensa, conforme el art. 8 del decreto 1139/00. De no ser así, no existiría un beneficio concreto para el interno. Modificar la frecuencia horaria concedida, por ejemplo, reducirla a una salida semanal de doce horas, como lo prevé el art. 8 del decreto 1139/00, sería desvirtuar el concepto de recompensa si no se suma acumulativamente a las salidas que corresponden en función del decreto 396/99, con aquellas que deben asignársele en virtud del decreto 1139/00. Consecuentemente, si no realiza una composición acumulativa de ambas frecuencias de salidas transitorias, el interno se verá perjudicado y se vería desvirtuado el concepto de recompensa.

Ello es así ya que existe una aparente superposición de las normas en el art. 28, apartado I, inc. a) o b) del decreto 396/99 y el art. 8, Anexo II del decreto 1139/00 en función del art. 105 de la ley 24.660, que requiere un esfuerzo de interpretación cuyo resultado no desnaturalice el sentido de "*recompensa*" de las dos últimas disposiciones mencionadas.

En el ámbtio de la Jurisprudencia Nacional, podemos mencionar los siguientes dos fallos que ilustran la cuestión:

Causa Nro. 5.921, *"LENA AGÜERO, Luis Pablo s/recurso de casación"* SALA IV de la Cámara Federal de Casación Penal REGISTRO Nro. 7279.4, del 10 de marzo del año 2007.

Hechos: … Se advierte que el detenido fue incorporado al régimen de salidas transitorias establecidas en el art. 28, apartado I, inc. "*a*" del decreto 396/99 que prevé la modalidad de tres egresos bimestrales —dos de doce horas y una de veinticuatro horas—; asimismo, en virtud de su buena conducta dentro del instituto carcelario fue beneficiario de las recompensas que establece el art. 105 de la ley 24.660 reglamentado por el art. 8 del decreto 1139/00, siendo acreedor de salidas transitorias semanales de doce horas … no hay beneficio concreto para el detenido si no se suman acumulativamente las salidas que le corresponden en función del decreto 396/99 con aquellas que deben asignársele en virtud del decreto 1139/00. Pues sea como sea la composición que se haga de ambos regímenes el detenido se verá perjudicado puesto que la mentada composición importará necesariamente la restricción de alguno de los dos referidos regímenes…, en ese sentido, asiste razón a la defensa cuando afirma que la nueva modalidad dispuesta no constituyó un beneficio para su defendido, por cuanto se lo privó del egreso que le permitía compartir un día entero junto a su familia, incluso pernoctar en su hogar.

Derechos en tensión: incorporación del sistema de RECOMPENSAS. Cambio de frecuencia horario al otorgar salidas semanales por ser objeto de recompensa. Concesión

Causa N° 17.160, "*Bertonazzi, Nilda Olivia s/ recurso de casación*" Sala III, Cámara Federal de Casación Penal. REGISTRO N° 1222/13, del 31 de julio de 2013.

Hechos: se expidió el Consejo Correccional de la Unidad 31 que, tras ponderar las consideraciones de cada una de las áreas informantes, concluyó que "Evaluada la evolución de la interna, y su desempeño en el tratamiento penitenciario individual, este Consejo Correccional VOTA POR UNANIMIDAD NEGATIVO a la incorporación del sistema de RECOMPENSAS por considerar que la interna B. O. N., no reúne características de excepcionalidad en su rendimiento intramuros que la hagan merecedora de acceder al sistema peticionado, ello conforme al art. 105 de la Ley Nº 24.660 y Decreto Reglamentario Nº 1139/00". Al momento de expedirse, el Juez de Ejecución, en base a su propio análisis y atendiendo lo concluido por la autoridades penitenciarias y lo dictaminado por el Señor Fiscal, resolvió "*NO HACER LUGAR a la incorporación de la interna N. O. B. al Régimen de Recompensas*…"

Derechos en tensión: incorporación del sistema de RECOMPENSAS. No se verifican en el caso las características de excepcionalidad requeridas para otorgar los beneficios extraordinarios cuya aplicación reclama. Rechazo.

10.2.3. Medidas coercitivas legales

Entendemos por medidas coercitivas legales, aquellas sanciones disciplinarias impuestas por el Servicio Penitenciario a todo interno (condenado o procesado) que infrinja las normas de conducta del establecimiento o el sistema disciplinario vigente al momento de su encierro, ello con la finalidad de contribuir a la llamada "reinserción social" y que debe estar sujeta a control judicial.

Sanciones

Las sanciones se encuentran detalladas en el art. 87 de la LEP y, por lo tanto, ningún decreto o reglamente interno puede alterar dicho catálogo.

El art. 20 del reglamente disciplinario citado establece que debe existir una vinculación entre la infracción y la sanción. De ese modo detalla para cada infracción la sanción correspondiente, debiendo regir, necesariamente, el principio de proporcionalidad y culpabilidad que tienen plena vigencia en el ámbito de la ejecución penal.

Por su parte, el art. 96 de la ley 24660 establece la posibilidad que tiene el interno de interponer un recurso ante el juez de ejecución, dentro de los 5 días hábiles de notificado, sin perjuicio de que el defensor que lo asiste técnicamente ante el juez donde tramita la causa, interponga un recurso de apelación. Incluso, en caso de no hacerse lugar al recurso de apelación, queda habilitada la vía del recurso de casación en virtud del art. 491 del Código Procesal Penal de la Nación.

Es importante que los plazos enunciados en la sanción deban ser comunicados en horas y no en días. Si bien esta práctica no se cumple con rigurosidad, el incumplimiento puede dar lugar a la nulidad de la medida.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que todo "*encierro*" que conlleve la imposibilidad de acceder a lugares comunes del establecimiento (patio, baños, pabellón) por más de 22 o 24hs., necesariamente debe ser encuadrado como un acto de tortura, trato inhumano cruel y/o degradante. Tal situación, al ser advertida, debe ser planteada por la defensa[121].

Medidas cautelares

Las medidas cautelares se encuentran reguladas en el art. 34 y ss. del Reglamento de disciplina. Este menciona las medidas permitidas para evitar que la infracción continúe o bien, para asegurar los medios de prueba que podrían demostrar que existió tal infracción. Las medidas cautelares previstas son: el secuestro, el registro de las personas o de los lugares donde se ha cometido la infracción y el aislamiento provisional.

Secuestro:

"*Cuando sea necesario evitar la persistencia de la infracción y sus efectos y asegurar elementos probatorios, la autoridad de mayor jerarquía en servicio podrá, como medida preventiva de urgencia, disponer: a) El secuestro de las cosas relacionadas con la infracción, de los elementos no autorizados y de todo aquello que pueda servir como medio de prueba…*" (Art. 34 del mencionado Reglamento)[122].

Aislamiento provisional

Es la medida cautelar más utilizada aunque no siempre la infracción cometida conlleve dicha sanción. Muchas veces se procede al aislamiento sin sanción formal alguna durante varios días, y en algunas de esas ocasiones se formalizan luego sanciones que al principio no existían.

Los supuestos para otorgar el aislamiento son:

- que la infracción sea grave
- que se necesite provisoriamente para mantener el orden

121. Cabe mencionar que el Relator Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Juan Méndez, manifestó su preocupación por la extensión de la práctica del aislamiento a nivel mundial y ha establecido algunas pautas para limitar su utilización.
122. Es importante recordar que los funcionarios a cargo del procedimiento deben ser asistidos por testigos que no deberán ser de la propia fuerza. Al ser el SPF una fuerza de seguridad que tiene a su cargo la prevención sumaria, habitualmente, no permite que otras personas intervengan en los casos que suceden dentro de las unidades. Por tal motivo, se podrá solicitar la nulidad de la medida, a través del planteo judicial correspondiente, cuando no se cumpla con las formalidades requeridas.

- que se la requiera para resguardar la integridad de las personas
- que sea necesaria para el esclarecimiento del hecho.

De tal modo, que no debería existir un sancionado con aislamiento por una falta media y mucho menos, leve. Hay que tener en cuenta, las previsiones de los art.s 56 y 59 del Reglamento de disciplina, en tanto indican cuestiones que no deben alterarse a pesar de la aplicación del aislamiento provisional: no deben agravarse las condiciones de detención, por ejemplo: la visita médica diaria.

El aislamiento puede ser aplicado exclusivamente por el Director o Jefe del establecimiento penitenciario (o quien lo reemplace). Cualquier otro agente carece de tal posibilidad. El aislamiento debe ser comunicado al juez competente en el término de 24 horas desde que se definió su aplicación.

Asimismo, la Declaración de Estambul sobre la utilización y los efectos de la reclusión en régimen de aislamiento, define esta forma de reclusión como: el aislamiento físico de una persona en su celda de 22 a 24 horas al día. En muchas jurisdicciones se permite a los internos salir de sus celdas durante una hora para hacer ejercicio en solitario. El contacto con otras personas suele reducirse al mínimo. La reducción de los estímulos no sólo es cuantitativa, sino también cualitativa. Los estímulos al alcance y los contactos sociales ocasionales pocas veces se eligen libremente, suelen ser monótonos y raramente se producen en un clima de empatía.

En la práctica, el aislamiento suele utilizarse también como medida de protección de otros internos, será el Estado, el encargado entonces de asegurar que esta medida no se utilice como castigo. Sin embargo, ya sea usado como castigo o como parte del tratamiento, el aislamiento prolongado en celdas diminutas y por largos espacios de tiempo, puede y debe ser considerado como un acto inhumano, cruel y degradante y, como tal, debe pedirse que sea declarado por parte de la autoridad judicial[123].

---

123. Cabe mencionar que la CIDH ha subrayado "que el aislamiento celular como medida disciplinaria no debe aplicarse en condiciones tales que constituya una forma de trato cruel, inhumano y degradante, esto implica … que el Estado debe garantizar condiciones mínimas de alojamiento para los reclusos castigados".
En un mismo orden de ideas encontramos lo dispuesto por la Convención contra la Tortura de la ONU que en su art. 1 define: "A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término de tortura todo acto por el cual se inflija intencionalmente 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 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 (…)".
Dicho ello, deberá tenerse en cuenta lo mencionado por el Relator Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes ante la Asamblea General de las Naciones Unidas, en el informe del 5 de agosto del año 2011, donde el Relator Especial concluyó: "Teniendo en cuenta el grave dolor o sufrimiento mental que el régimen de aislamiento puede causar cuando es utilizado como castigo, durante la prisión preventiva, por tiempo indefinido o prolongado, a menores o a personas con discapacidad, ello puede equivaler a la tortura o a un trato o pena cruel, inhumano o degradante".

Medidas coercitivas

A modo de resumen se podría indicar qué sanciones corresponden a cada infracción:

- Ante las infracciones leves: amonestación y exclusión de las actividades recreativas o deportivas, hasta 10 días (conforme lo establece el art. 19, inc. a) y b) y art. 20, inc. a) del decreto 18/97)
- Ante infracciones medias: exclusión de la actividad común hasta 7 días; suspensión o restricción parcial del de derecho de visita y correspondencia; suspensión o restricción parcial o total de comunicaciones telefónicas, recreos, actividades recreativas, culturales y deportivas y acceso a los medios de comunicación social, hasta 7 días; permanencia en celda individual hasta 7 días ininterrumpidos; permanencia en celda individual, hasta 3 fines de semana seguidos o alternados (conforme art. 19, inc. c), d), e) y f) y art. 20 del decreto 18/97).
- Ante infracciones graves: la permanencia en celda individual hasta 15 días ininterrumpidos; la permanencia en celda individual, hasta 7 fines de semana seguidos o alternados; el traslado a sector más riguroso; el traslado a otra unidad (conforme art. 19, inc. e), f), g) y h) y art. 20, inc. c) del decreto 18/97)[124].

Recursos

Tal como se enunció en otra oportunidad, el recurso puede ser interpuesto por el interno en el mismo acto de la notificación o dentro de los cinco días hábiles de efectuada la misma y deberá remitirse al juez dentro de las seis horas siguientes. De todas formas, el recurso también puede ser interpuesto por el Defensor directamente ante el juez de ejecución penal pidiendo en el mismo acto que la medida cautelar sea suspendida hasta tanto la resolución se encuentre firme y así lo ordene.

Una cuestión que se ha discutido en algunos casos y que corresponde enunciar es el efecto de la interposición del recurso de apelación contra la orden de imposición de una sanción y el hecho de que no tenga efecto "*suspensivo*". Según el propio art. 96 de la LEP: "*Las sanciones serán recurribles ante el juez de ejecución o juez competente dentro de los cinco días hábiles, derecho del que deberá ser informado el interno al notificársele la*

124. Cabe mencionar que el art. 67 del "Reglamento de las Modalidades Básicas de la Ejecución aprobado por el Decreto nº 396/99" garantiza a los procesados que se incorporan al régimen de condenados, hasta ser calificados en conducta y concepto en la primera reunión trimestral del consejo correccional respectivo, los beneficios de su calificación de comportamiento, y que el art. 12 del "Protocolo para la implementación del Resguardo de Personas en Situación de Especial Vulnerabilidad " establece "se encuentra prohibido disponer el encierro en celda individual de personas más allá de los supuestos previstos en la ley, es decir, en casos en que no hayan sido objeto de una resolución del Director del Establecimiento que le imponga una sanción disciplinaria a tenor del art. 87 de la Ley de Ejecución Penal, o que disponga la separación provisional del detenido, a tenor de lo previsto en el art. 82 de la ley 24.660 y en los art.s 35, 36 y 37 del Reglamento de Disciplina para los Internos ".

resolución. La interposición del recurso no tendrá efecto suspensivo, a menos que así lo disponga el magistrado interviniente. …". Pareciera entonces que de una simple lectura, tal normativa contradice otras que podría cuestionarse en cada planteo: el art. 442 del Código Procesal Penal de la Nación establece que: "*La interposición de un recurso ordinario o extraordinario tendrá efecto suspensivo, salvo que expresamente se disponga lo contrario*".

Por otro lado, para quienes podrían contra-argumentar, diciendo que resultaría coherente con el régimen recursivo de la ejecución penal, esto es: Art. 491 del Código Procesal Penal de la Nación "*Contra la resolución sólo procederá el recurso de casación, pero éste no suspenderá la ejecución a menos que así lo disponga el tribunal*" se puede precisar incluso que existe una clara diferencia: el recurso establecido por el art. 96 de la LEP está orientado a un acto administrativo de quien es parte interesada en la decisión.

En síntesis, resulta absurdo considerar que el recurso contra una decisión como las mencionadas, carezca de efectos suspensivos cuando un recurso interpuesto contra una decisión judicial sí prospera en dicho sentido. La razonabilidad establecida por la propia CNpareciera quedar de lado.

Del mismo modo debe cuestionarse la constitucionalidad de la última parte del art. 96 de la ley 24660, cuando aludo que si el juez no se expide en el término de 60 días, la sanción quedará firme. Indudablemente es una norma poco feliz desde el momento en que el interno no puede cargar por la negligencia o tardanza del tribunal. Si el Estado acusa a una persona de cometer un hecho, no hay dudas que es el mismo Estado quien posee todos los resortes legales y procesales para investigar ese hecho y si no lo hace, es por una decisión cuyo coste no puede hacerse pagar al interno.

Registro de sanciones

De la lectura del propio art. 99 de la LEP se infiere: que cada establecimiento deberá tener un "*registro de sanciones*". De hecho, el art. 68 del Reglamento de disciplina establece que deberá existir ese Registro de sanciones foliado, encuadernado y rubricado por el Juez de Ejecución o Juez competente, en el que se anotarán cronológicamente las sanciones y los motivos que las originaron.

• Instrumentos internacionales

Es importante señalar que las medidas coersitivas se encuentran contempladas en diferentes instrumentos internacionales. A saber:

- Principios y Buenas Prácticas sobre Protección de las personas privadas de libertad en las Américas, en cuyo Principio XXII establece todo lo correspondiente al régimen disciplinario.

- Las Reglas Mínimas para el Tratamiento del Recluso, en cuyas Reglas 27 a 32 se definen los parámetros de la disciplina y las sanciones en los establecimientos penitenciarios, en las Reglas las 33 a 34 prohibirán la utilización de métodos de coerción al sancionar una conducta y en las Reglas 35 y 36 contienen pautas sobre las quejas de los detenidos.
- Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, que regula este punto en el Principio 30[125].

• Estandares interamericanos

Todo el sistema disciplinario en lo penitenciario, debe respetar, claramente, la dignidad de las personas.

Uno de los estándares que debe ser respetado es la prohibición de aplicación de sanciones que comporten un trato inhumano cruel o degradante, de acuerdo a lo dispuesto por la Regla 31 de las Reglas Mínimas para el Tratamiento del Recluso.

En consonancia con lo que se puede observar al leer las *Guías para la protección de las personas privadas de la libertad* producidas por AIDEF, el estándar refiere a que por regla general se prohíbe el aislamiento como sanción, que solo puede utilizarse en casos excepcionales y como último recurso, con la finalidad de proteger la vida del propio interno o la de sus pares y que deben estar permanentemente sujetas al control judicial.

Otro estándar que se puede mencionar es aquel que indica que nunca —y bajo ningún pretexto— puede aplicarse como sanción el aislamiento solitario a mujeres embarazadas o a mujeres que tienen a niños conviviendo con ellas en el penal.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que la regla 39 de las Reglas Mínimas para el tratamiento del Recluso, tiene dicho que las medidas de coerción e inmovilización están prohibidas.

De acuerdo al "Informe sobre los Derechos Humanos de las Personas Privadas fe Libertad en las Américas" de la CIDH (OEA/Ser.L/V/II. Doc. 64, 31/12/11), en el marco de su visita a la Provincia de Buenos Aires, la Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad recibió información según la cual el uso de los pabellones de aislamiento o buzones en las Unidades Penitenciarias de la Provincia constituye uno de los ámbitos en los que se viola de forma reiterada el derecho a la integridad personal de los reclusos. El encierro transcurre en celdas de 2x1.5 metros durante 23 ó 24 horas al día con doble

125. Véase también el Art. 9 de la DUDH y el Art. 9 del PIDCyP los cuales, respectivamente, prohíben firmemente la detención arbitraria y, por lo tanto, formulan el principio legal que gobierna la mantención o imposición de la disciplina dentro del penal. Es esencial que las reglas y procesos por medio de los cuales se mantiene la disciplina en el establecimiento, no sean arbitrarios. Asimismo la DUDH en su art. 5 enuncia: "Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes…". También véase: CADH, arts. 5 y 6, Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta de Banjul), art. 6, Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, Reglas 66 a 71.

puerta; generalmente sin agua potable o elementos de aseo personal; en celdas muy sucias y antihigiénicas; en muchos casos sin luz natural y/o artificial; sin calefacción o ventilación; con escasa o nula posibilidad de acceso a la ducha; sin comida ni posibilidad de cocinarse; sin posibilidad de acceder a la visita y en muchos casos sin acceso a teléfono; entre otras condiciones contrarias a los estándares internacionales. Además, es en estas secciones donde se registra la mayor carga de violencia (golpizas y otras agresiones) por parte del personal penitenciario". Tal situación, que en muchos casos lamentablemente sucede en varias unidades penitenciarias, sigue siendo aún en estos años un desafío para los defensores técnicos de las personas detenidas toda vez que termina siendo casi el único modo de revertir las condiciones, efectuando las presentaciones judiciales correspondientes. Sin la asistencia técnica eficaz, los estándares internacionales en materia de derechos humanos no podrían hacerse valer.

Por otro lado, cabe mencionar los siguientes casos de la Corte IDH:

"*CASO BAENA, RICARDO Y OTROS VS. PANAMÁ*"

"*…conviene analizar si el art. 9 de la Convención es aplicable a la materia sancionatoria administrativa, además de serlo, evidentemente, a la penal. Los términos utilizados en dicho precepto parecen referirse exclusivamente a esta última. Sin embargo, es preciso tomar en cuenta 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. Unas y otras implican menoscabo, privación o alteración de los derechos de las personas, como consecuencia de una conducta ilícita. Por lo tanto, en un sistema democrático es preciso extremar las precauciones para que dichas medidas se adopten con estricto respeto a los derechos básicos de las personas*…"(conforme punto 106).

"*CASO SUÁREZ ROSERO VS. ECUADOR*"

Incomunicación como medida excepcional:

"*…las razones por las cuales la incomunicación es concebida como un instrumento excepcional es por los graves efectos que tiene sobre el detenido. En efecto el aislamiento del mundo exterior produce en cualquier persona sufrimientos morales y perturbaciones psíquicas, la coloca en una situación de particular vulnerabilidad y acrecienta el riesgo de agresión y arbitrariedad en las cárceles*" (conforme párrafo 90).

Se debe considerar que es un estándar que debe ser aplicado por nuestros tribunales locales. Es decir, la incomunicación no puede ser utilizada como de uso cotidiano por las autoridades administrativas. Una defensa técnica atenta y eficaz, deberá velar para que cada vez que se inicie un procedimiento sancionatorio, no se utilice esta medida como regla, sino sólo pueda utilizarse como último recurso y para proteger la vida del interno y/o de sus pares.

"*CASO MONTERO ARANGUREN Y OTROS (RETÉN DE CATIA) VS. VENEZUELA*"

Utilización excepcional de celdas de aislamiento:

Reiterando los estándares internaciones aplicables, subrayó que las celdas de aislamiento: "*Sólo deben usarse como medidas disciplinarias o para la protección de las personas por el tiempo estrictamente necesario y en estricta aplicación de los criterios de racionalidad, necesidad y legalidad. Estos lugares deben cumplir con las características mínimas de habitabilidad, espacio y ventilación, y solo pueden ser aplicadas cuando un médico certifique que el interno puede soportarlas*"

"*CASO CAESAR VS. TRINIDAD Y TOBAGO*"

Prohibición de castigos corporales:

En dicho caso, la Corte, realizó un amplio desarrollo de la prohibición existente en el derecho internacional de los derechos humanos con relación a la aplicación de castigos corporales, y estableció que el Estado tiene "*la obligación erga omnes de abstenerse de imponer penas corporales, así como de prevenir su imposición por constituir, en cualquier circunstancia, un trato o pena cruel, inhumano o degradante*" (conforme párrafos 57-70).

"*CASO VELEZ LOOR VS. PANAMÁ*"

En dicho caso, la Corte, analizó la importancia que tiene el derecho de defensa técnica para quienes deben enfrentar un proceso administrativo sancionatorio y para quienes se encuentran privados de libertad.

"*…el derecho a la defensa surge desde el momento en que se ordena investigar a una persona o la autoridad dispone o ejecuta actos que implican afectación de derechos, la persona sometida a un proceso administrativo sancionatorio debe tener acceso a la defensa técnica desde ese mismo momento. Impedir a éste contar con la asistencia de su abogado defensor es limitar severamente el derecho a la defensa, lo que ocasiona desequilibrio procesal y deja al individuo sin tutela frente al ejercicio del poder punitivo*" (conforme párrafo 132).

• Jurisprudencia nacional que regula el tema

En el ámbito de la jurisprudencia nacional, cabe destacar los siguientes fallos jurisprudenciales.

Necesidad de un registro de sanciones.

"*Peloso Iturri, Argentino s/recurso de casación*". En el caso, la Justicia había procesado por "imposición de tormentos" y "omisión de denunciar" a 18 penitenciarios de la Unidad N° 9 del Servicio Penitenciario Federal en la causa de la muerte de Peloso Iturri,

ocurrida en abril del año 2008. Peloso Iturri falleció el 8 de abril del 2008 después de una golpiza que sufrió de parte de los guardias de la cárcel federal mencionada. La defensa de los penitenciarios planteó que el deceso había sido producto de un paro cardiorespiratorio, pero la querella entendió que la muerte fue por consecuencia de una golpiza que sufrió el interno.

En la causa quedaron imputados 20 empleados penitenciarios entre ellos el médico y el enfermero de la unidad carcelaria.

Peloso Iturri tenía supuestamente una sanción de aislamiento desde el 30 de marzo al 14 de abril. Se adulteraron los registros de la sanción. Mientras que Peloso falleció por la "bienvenida" que le dieron en la unidad, el servicio penitenciario informaba que había fallecido de un paro cardiorespiratorio.

Necesidad de asistencia técnica durante el trámite administrativo de imposición de una falta disciplinaria.

Casos: "*Guerrero, Carla Sofía s/ recurso de casación*" y "*Rosano, Juan Ramón s/ recurso de casación*". En ambos casos, la Cámara consideró que la asistencia técnica durante el trámite de la sanción hace al derecho de defensa y *"… sería absurdo suprimirlo o restringirlo precisamente en la etapa procesal donde la coacción estatal se manifiesta de manera más violenta*".

Principio de judicialización

Caso: "*Godoy, Cristián D.*"

"*El Principio de Judicialización de la Ejecución Penal… significa que todas aquéllas decisiones de la etapa de ejecución penal que impliquen una modificación de las condiciones cualitativas de cumplimiento de la pena impuesta conforme las prescripciones de la ley penal (vg.: tipo de establecimiento en el que se alojará el interno o su ubicación en el régimen progresivo una vez calificado por el organismo criminológico, aplicación de sanciones disciplinarias que importen privaciones de derechos, avances y retrocesos en el régimen progresivo, obtención de derechos penitenciarios —salidas transitorias, semilibertad, libertad condicional, alternativas para situaciones especiales—, etc.), deben ser tomadas o controladas por un Juez, dentro de un proceso en el que se respeten las garantías propias del procedimiento penal, y en busca de prevenir y erradicar abusos y desviaciones que pudieran producirse por parte de la autoridad penitenciaria*".

"*En nuestra materia, el legislador ha diseñado un procedimiento administrativo para la imposición de la sanción disciplinaria, y éste procedimiento está inserto dentro de una etapa del proceso penal, tal la ejecución de la sentencia; resultando aplicables todos los principios y garantías individuales propias de aquel*".

Improperios vertidos por un interno contra personal penitenciario en un escrito de habeas corpus. Erróneo encuadramiento legal de los hechos.

"*Lugo, José de la Cruz s/ Apelación de sanción*".

"*En este sentido no debe perderse de vista que la utilización inapropiada del lenguaje fue efectuada en el marco de una acción de habeas corpus, para conocimiento y resolución del órgano jurisdiccional y en este contexto no procedería limitar con sanciones el uso de un derecho previsto justamente para evitar circunstancias agraviantes del encierro.*"

Sanción disciplinaria. Fiscal que se expidió por la revocación. Juez que la confirma.

"B.M., A.S. s/incidente de apelación de sanción disciplinaria"

"*Habiendo solicitado el representante de la vindicta pública se revoque la decisión del Servicio Penitenciario Bonaerense, sin que ello pueda tildarse de absurdo, arbitrario o un grosero apartamiento de las normas legales aplicables al caso, puede decirse que no hay interés legítimo para la imposición de una medida sancionatoria".*

Revocación parcial. Efectos

"*Durán, María Vanesa*"

"*Considero que, al no haberse dispuesto la suspensión de la sanción (en atención a lo preceptuado por el art. 24, párrafo 3° del Anexo I, del decreto N° 1293 … el efecto del acogimiento parcial de la impugnación aquí deducida, si bien no generará ningún beneficio en orden a aquella (es decir: la ejecución de la sanción), si deberá ser tenida en cuenta por la administración al momento de realizar las actualizaciones de conducta y concepto. Ello por cuanto —es indudable— que al disminuirse la gravedad de una de las faltas (de media a leve) y dejarse sin efecto una de ellas, por atipicidad, esta situación debe encontrar su correlato en aquella instancia administrativa (calificación de conducta y concepto)".*

Control Judicial

Caso "*Romero Cacharane, Hugo Alberto s/ ejecución penal*" (Resuelto el 9/03/2004).

Decisión de la Corte:

La Corte hizo lugar al planteo (Voto de los jueces Zaffaroni, Maqueda, Petracchi, Fayt, Boggiano y Vázquez). Según el Máximo Tribunal, las decisiones del Servicio Penitenciario que afectan la modalidad de la ejecución de una pena están sometidas al control del juez de ejecución y de la Cámara Nacional de Casación Penal —y eventualmente,

de la propia Corte—. El fundamento es que los reclusos tienen el derecho constitucional a exigir que los jueces controlen toda la etapa de ejecución de la pena y a apelar las decisiones que implican una alteración en su modo de ejecución. Este derecho a la protección judicial es necesario para asegurar que se respeten durante la detención todos los derechos.

De este modo, la Corte resolvió que el derecho a la revisión judicial no comprende solamente la condena sino también todas aquellas resoluciones que sean importantes. La Corte considera que una alteración en el modo ejecución de la pena —como es el cumplimiento de parte de la condena en una celda de aislamiento— constituye una modificación cuantitativa o cualitativa de la pena que se le impuso al condenado que justifica la revisión judicial para controlar su legalidad y proporcionalidad. De esta manera, se evita que la pena impuesta al condenado en un proceso rodeado de todas las garantías pueda ser alterada por decisión de las autoridades penitenciarias. La Corte sostiene que esto es inadmisible porque el derecho de defensa en juicio —de la que se deriva el derecho a la revisión judicial— asiste al condenado hasta que se agote su pena.

10.2.4. El rol desplegado por el Ministerio Público de la Defensa en materia de sanciones

Cabe destacar que la Defensora General de la Nación designó, por Resolución Nº 937/13, a un funcionario del Área Técnica de la Institución que dirige, para intervenir como defensor en los procesos disciplinarios instruidos por las autoridades del Servicio Penitenciario Federal en los términos del Decreto 18/97 mencionado (Reglamento de Disciplina para los Internos), siempre que los Defensores Públicos Oficiales que asistan naturalmente al justiciable privado de su libertad así lo requieran de manera específica.

Lo distintivo del caso se relaciona con la decisión de que la Defensa Pública no solo actúe ante el juez a cuya disposición se encuentra la persona privada de la libertad, sino mejor, que salga a dar batalla procesal en el ámbito administrativo penitenciario en pos de lograr una adecuada y efectiva defensa técnica en los primeros momentos de ese proceso disciplinario, evitando que las injusticias y sufrimientos generados por decisiones administrativas se vean ulteriormente "reparadas" con decisiones judiciales tardías y poco significativas. Sin embargo, desde hace tiempo este Ministerio Público viene desarrollando numerosos cursos de acción tendientes a que se respeten los derechos y garantías constitucionales de los internos sometidos a procesos disciplinarios. Con elocuencia, la Resolución DGN Nº 380/13 efectúa un relato pormenorizado de las instancias participativas que este Ministerio Público llevó adelante para modificar el estado de cosas gestadas a partir de la denuncia efectuada el 12 de diciembre de 2000 ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) contra el Estado Argentino, en representación del Sr. Guillermo Lynn, que había sido sancionado disciplinariamente por el Servicio Penitenciario Federal en virtud del Decreto N° 18/97

cuando se encontraba cumpliendo una pena privativa de la libertad[126]. En esta denuncia se alegó la violación, entre otros, del derecho a la defensa técnica y a la presentación de prueba de descargo y control de la prueba de cargo, atento a que antes de la imposición de la sanción el Sr. Lynn no contó con asistencia técnica, no pudo defenderse personalmente ni controvertir la prueba de cargo. En el caso la CIDH emitió el Informe de Admisibilidad el 11 de noviembre de 2008. A partir de esa fecha, se inició una instancia de diálogo con el objetivo de alcanzar una solución amistosa[127].

También se ha celebrado en el año 2006 un convenio entre el Ministerio Público de la Defensa y el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación para la realización y entrega de una cartilla informativa para los internos a fin de brindarles información respecto del régimen disciplinario y sus derechos; y la conformación en el año 2007 de un Grupo de Trabajo con la Procuración Penitenciaria Nacional con el objeto de elaborar un proyecto conjunto de modificación del Reglamento de Disciplina para los Internos (cfr. Res. DGN N° 868/07).

A la par de estas gestiones, en el ámbito judicial comenzaron a dictarse numerosas resoluciones en donde se nulificaban y dejaban sin efecto las sanciones impuestas en esos procesos administrativos ante la violación a la garantía de la defensa en juicio del interno que sistemáticamente se producía una y otra vez[128]. Como consecuencia, el Director del Servicio Penitenciario Federal dictó la Resolución DN N° 1303 del año 2012, por medio de la que implementó un procedimiento piloto en la Unidad Residencial III del Complejo Penitenciario Federal de Ezeiza. En el marco de dicho programa piloto, se establecieron pautas para que se notifique al defensor del interno imputado de una falta grave, de la formación del expediente de sanción y del día y lugar en que se llevará a cabo la notificación y descargo conforme el art. 40 del Decreto N° 18/97. Igual mecanismo se adoptó respecto de cualquier tipo de falta, en los casos en los que el interno es analfabeto. En tal sentido, la Defensoría General de la Nación planteó al Director del Servicio Penitenciario Federal la necesidad de consensuar algunas cuestiones operativas que resulten relevantes para asegurar una efectiva asistencia técnica. Por ello, se solicitó al Servicio Penitenciario Federal que la notificación se efectúe en

126. *Guillermo Lynn v. Argentina,* Caso N° 12.672.

127. Se realizaron diversas reuniones de trabajo con representantes del Estado argentino, en las que se analizó una propuesta de Anteproyecto de modificación del Reglamento de Disciplina para los Internos. Con fecha 25 de abril de 2011, la Defensoría General de la Nación remitió observaciones respecto de la última versión del anteproyecto. Desde esa fecha hasta el momento, el proceso de solución amistosa no ha presentado avances. Por último, durante el mes de marzo de 2014, la Defensora General de la Nación participó de una sesión de trabajo, convocada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y planteó la necesidad de avanzar con el caso, circunstancia en la que realizó observaciones a las falencias del régimen disciplinario actual en el ámbito de privación de libertad. Durante la reunión también hubo avances para retomar el diálogo sobre la posibilidad de reformar el sistema de sanciones disciplinarias en el sistema penitenciario y hacerlo acorde a las garantías constitucionales e internacionales de derechos humanos.

128. Cfr. Cámara Nacional de Casación Penal (CNCP), Sala IV, "Brito, Daniel Alberto s/ recurso de casación" del 5/7/2011 y "Cainero", rta. 3/08/2011; Cámara Federal de Casación Penal (CFCP), Sala II, "Simonian, Narek s/rec. de casación" del 23/5/2012; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional (CNApCC), Sala IV, "Ruggirello, Mauricio s/ sanción disciplinaria" del 28/11/2012; CNApCC, Sala VII, "Fraticelli, Alejandro M." del 28/12/12; CNApCC, Sala VI, "Paredes Honores, R. s/inconst. del decreto 18/97", del 9/11/2012, entre otras.

horario hábil con un plazo de anticipación mayor a 24 horas respecto de la fecha en que se fije el acto procesal al que refiere el art. 40 del Reglamento; que se establezca la identidad del interno, el órgano jurisdiccional a disposición del que se encuentra detenida la persona; que se dé traslado de toda aquella documentación o información relativa a la supuesta infracción disciplinaria cometida; y que la notificación del art. 46 del Reglamento se realice también al despacho del defensor técnico con la finalidad de asegurar el ejercicio de la vía recursiva en caso de considerarse oportuno. También se señaló la necesidad de incluir, en los términos de la Resolución DN N° 1303, a todas las personas que sean extranjeras y no comprendan el idioma castellano. Por último, se propuso la creación de una Comisión de Enlace con representantes de ambas instituciones, a fin de asegurar una mejor organización y coordinación de las tareas que demande el programa piloto.

Cabe mencionar que, si bien se ha logrado consensuar algunas cuestiones operativas en cuanto a la notificación de la existencia de un proceso disciplinario, la institución penitenciaria no ha permitido el ejercicio técnico eficaz a los internos asistidos por el Ministerio Público de la Defensa.

Las medidas garantizadoras de la intervención y ejecución de una defensa técnica eficaz han sido exigidas, también, por representantes del Fuero de Ejecución Penal, ya que pretenden que el Director del Servicio Penitenciario Federal arbitre los medios necesarios para que, en todos los establecimientos a su cargo, se incorpore como acto procesal necesario de la formación del expediente disciplinario, una foja en donde se certifique el efectivo acceso del interno o interna a una comunicación telefónica con su defensor oficial o particular, como así también del ofrecimiento al letrado —vía digital o en soporte papel— de la remisión de una copia, en esa ocasión, del proceso sancionatorio labrado hasta ese momento, para garantizar la concreta información de la prueba de cargo que sostiene la imputación disciplinaria[129].

El tema despierta suma preocupación, pues el deber de garantizar a todos los ciudadanos sin excepción el ejercicio inviolable de la defensa en juicio y del debido proceso se traduce en un compromiso internacional (conf. arts. 18 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional; arts. 11, inc. 1º, de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 8 inc. 2, ap. E, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 14 inc. 3, ap. D, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). En este marco, y en consonancia con las articulaciones realizadas por el Ministerio Público de la Defensa, el pasado 30 de octubre de 2013, el Sistema de Coordinación y Seguimiento de Control Judicial de Unidades Carcelarias emitió su "Recomendación II", donde se consideró "el aseguramiento del efectivo ejercicio del derecho de defensa de las personas privadas de libertad respecto de las decisiones adoptadas por la autoridad administrativa penitenciaria, resulta

129. Resolución adoptada por el Juez Nacional de Ejecución Penal, Dr. Marcelo Peluzzi, el 27 de marzo de 2013 en el marco del Legajo nro. 107.908. Tal obligación sólo tenía alcances respecto de los internos anotados bajo su Juzgado. Posteriormente, se plegó su colega Axel López, mediante resolución de fecha 6 de septiembre de 2013.

relevante para la vigencia del control judicial amplio y eficiente de esas decisiones, reconocido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo "Romero Cacharane, Hugo Alberto s/ejecución" (*Fallos* 327:388)".

10.2.5. La experiencia de la Defensa Pública en el proceso penitenciario sancionador

A propósito del Convenio Marco de Cooperación y Asistencia Técnica, suscripto en el 2006 entre la Defensoría General de la Nación y el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, el Servicio Penitenciario Federal implementó un procedimiento piloto en la Unidad Residencial III del Complejo Penitenciario Federal de Nº I de Ezeiza. Es preciso recordar que, en dicho programa, se establecieron pautas para que se notifique al defensor del interno imputado de una falta grave acerca de la formación del expediente y del día y lugar en que se llevará a cabo la audiencia de intimación de cargos y posibilidad de descargo, conforme art. 40 del Decreto N° 18/97[130]. Igual mecanismo se adoptó respecto de cualquier tipo de falta en los casos en los que el interno/a sea analfabeto/a. Como novedad, se previó la presencia del defensor técnico del supuesto infractor en la audiencia que este debe tener con el director de la Unidad de forma previa al dictado de la resolución de la resolución administrativa sobre el caso y su posterior notificación (art. 44 del Decreto Nº 18/97). En principio, la prueba piloto iba a durar seis meses, para luego evaluar su implementación en los restantes centros carcelarios dependientes del Servicio Penitenciario Federal. Lo cierto es que ese plazo se prorrogó y comenzaron a sumarse otros centros de detención.

La realidad nos mostró que al concurrir a las audiencias previstas en el art. 40 —cuya notificación previa se efectuaba con escasa antelación—, se solicitaba el expediente, pero tan solo se facilitaban, en el mejor de los casos, actas sueltas plagadas de errores e incompletas. O sea, los instructores del Servicio Penitenciario no formaban un legajo o expediente administrativo, no correlacionaban las actas conforme iban sucediendo los hechos, no las completaban, todo lo cual constituye una práctica violatoria al ejercicio de la defensa en juicio en el sentido más profundo del concepto. Ante tal contexto, la defensa técnica comenzó a propiciar numerosos planteos de nulidad[131], a la par

130. El mismo instrumento citado en la nota precedente recomendó al Servicio Penitenciario Federal una serie de condicionantes acerca de los tiempos y modos de efectuar la comunicación: debe realizarse de manera inmediata al juez interviniente y al defensor público oficial o al letrado particular que asista al interno con especificación y antelación no menor a cinco días hábiles, el lugar, fecha y hora en la que se celebrará la audiencia del art. 40.

131. Nos referimos, por ejemplo, a planteos sobre: (a) nulidad del acta de notificación y descargo del interno —art. 40, primera parte, Decreto 18/97— por defectuosa descripción de los cargos y arbitrariedad en la imputación de los tipos infraccionales pues se eligen los más gravosos existiendo otros más leves; (b) violación del principio de culpabilidad y del estado de inocencia ante el modo de imputación genérico y colectivo —prohibido por el art. 94 LEP— y desconocimiento del favor rei —art. 93 LEP—; (c) nulidad del acta de notificación y descargo del interno por ausencia de consignación y exhibición de la prueba de cargo; (d) nulidad del acta de notificación y descargo del interno por ausencia de previsión de los derechos que le asisten al imputado conf. art. 40 inc. "c" del Decreto 18/97 (omisión de notificar derechos trascendentales como el de recurrir la resolución que imponga una eventual sanción, sus plazos y forma para hacerlo); (e) nulidad del acta de secuestro de elementos por haber sido incautados por los mismos funcionarios que resultan víctimas del hecho imputado; entre otros.

de solicitar la declaración de inconstitucionalidad del Decreto 18/97 y la suspensión de cualquier aislamiento provisional y sanción que exista o pudiera adoptarse[132]. Y todo en el marco del proceso administrativo disciplinario. Resultó más que oportuno y conveniente efectuar dichos planteos de manera administrativa ante el director de la Unidad Penitenciaria para advertir, ante todo, la necesidad de suspender cualquier tipo de medida cautelar o sanción que pudiese adoptarse en perjuicio del supuesto infractor, y visibilizar los serios reparos en el cumplimiento de las formas procesales.

Es importante, también, adelantar en esas presentaciones defensistas la voluntad de recurrir cualquier decisión aflictiva que el director adopte, hasta tanto exista control judicial suficiente y se arribe a una resolución con carácter de cosa juzgada material (agotar las instancias recursivas). Pero no solo en el expediente administrativo es de buena práctica efectuarlo, sino también ante el órgano jurisdiccional que tutela la privación de libertad del asistido, pues el art. 49 del Reglamento contenido en el Decreto 18/97 establece que la interposición del recurso contra la sanción establecida por el director no tendrá efecto suspensivo a menos que así lo disponga el magistrado interviniente, cuestión repetida en el art. 96 de la ley 24.660 de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad[133].

Cabe preguntar qué es lo que sucede en estas hipótesis. Se presenta la paradoja de que el interno sancionado apele la decisión, pero comienza a cumplir la sanción. Por otro andarivel —ya de índole burocrática— el recurso de apelación empieza a sustanciarse en la esfera judicial con intervención de la defensa, que persiste hasta las últimas instancias. Imaginemos un triunfo de la parte recurrente y la declaración jurisdiccional de nulidad o revocación de la sanción disciplinaria que, por los tiempos propios de la materia recursiva, en todo ese lapso el interno ya ha cumplido y sufrido la sanción, lo que desdibuja toda esta actividad jurisdiccional y obtiene un reconocimiento que no recompone ni repara la aflicción impartida, tanto en la persona del interno como de su principio de inocencia. Sólo equivaldría, con la mejor de las suertes, a una reparación moral. Entonces, al encontrarnos inmersos en un procedimiento de neto corte aflictivo, instruido y manejado por la administración, resulta fundamental adelantarse a los posibles sucesos que vayan apareciendo que, a no dudarlo, redundarán en la maximización de los derechos del justiciable que no tiene por qué ceder un ápice de su territorio garantista que le prescribe, entre otros, el derecho a una tutela judicial efectiva y suficiente que desemboque en un fallo judicial que ponga fin y término a la incidencia disciplinaria.

---

132. Ello responde a la recomendación efectuada por la Defensora General de la Nación a través de la Resolución DGN Nº 380/13.

133. El 30 de octubre de 2013 el Sistema de Coordinación y Seguimiento de Control Judicial de Unidades Carcelarias les recomendó a los jueces a cargo de la ejecución de la pena o competentes que arbitren los medios necesarios a fin de hacer uso, con carácter de regla general sujeta a excepciones fundadas, de la facultad que les otorga el artículo 96 de la ley 24.660, de disponer el efecto suspensivo de las sanciones y de la medida cautelar de aislamiento provisional prevista en el art. 35 del decreto 18/97 hasta que ellos resuelvan acerca de su validez.

Para eso, se requiere un esfuerzo de los actores que conviven con esta realidad: de los órganos requirentes y también de los órganos decisores. Existen intereses superiores establecidos en normas con jerarquía constitucional que exigen proceder bajo esta modalidad preventiva. Y tienen que ver con el derecho que posee el justiciable a obtener una revisión de la decisión recaída por un órgano distinto al que la adoptó, que no solo se satisface con la previsión del art. 96 de la LEP y 49 del Decreto 18/97, sino a partir del respeto por el principio de inocencia que ampara al justiciable y que recomienda no aplicar los efectos del fallo hasta tanto exista una sentencia definitiva que ponga fin a la discusión, cuestiones sustanciales que avanzan sobre la necesidad de garantizar un debido proceso entendido como el derecho del justiciable a transitar un proceso justo (arts. 18 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional; arts. 8.1, 8.2 y 8.2.h de la Convención Americana de Derechos Humanos; arts. 9, 14.2 y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; arts. 10 y 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y art. 26 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre).

La experiencia varía según el ámbito penitenciario que se trate. Están aquellos en donde la desprolijidad protagoniza la escena (no se respetan las fechas de las audiencias, carecen de infraestructura, de insumos y de recursos humanos; falta de lugares adecuados para realizar la entrevista previa, inexistencia del expediente foliado y ausencia de las actas necesarias para ejercer la defensa técnica[134]). Pero también hay otros ámbitos, en los que se ha notado una profesionalización de la Oficina de Instrucción.

Podemos decir que la intervención de la defensa técnica ha logrado dejar sin efecto un sinnúmero de expedientes disciplinarios en donde antes acababan imponiendo la sanción en perjuicio del interno, pero que ahora se diluyen. El clásico ejemplo de sanción injusta lo constituía la negativa del interno de ingresar a un módulo o pabellón en donde su integridad física y psíquica corría peligro real. El dilema que enfrentaba el interno era someterse a una sanción ("buzón") o poner en riesgo su vida. Lo cierto es que la fundamentación defensista en el marco de estos expedientes logró demostrar una verdadera causa de justificación y evitar arribar a una sanción. Casos en donde se ofreció como prueba de descargo la citación a declarar de la víctima (otro interno) y con su producción, se dejó sin efecto el parte disciplinario pues no había sufrido ningún menoscabo. Se hace lugar a las peticiones de nulidad, o bien, la propia carencia de infraestructura del Servicio Penitenciario juega a favor del interno, ante la imposibilidad del oficial instructor de trasladarse a los módulos en donde debe llevarse a cabo el procedimiento, lo que desdibuja el proceso. También se han dejado sin efecto numerosos expedientes cuando el interno es trasladado a otra unidad por mayoría de edad, cuando anteriormente se solía continuar con el trámite. Entre otras cosas, se logró, gracias a la asistencia del defensor, que no se tramiten faltas leves y solo se concentren

134. En estos supuestos se solicita dejar sin efecto el sumario administrativo, pues al momento en que se pretendió ejercer la defensa del interno solo se encontraba el parte disciplinario sin respaldo de material probatorio. Hay que tener muy en cuenta la incorporación de pruebas luego de realizada la audiencia de intimación de cargos, pues ello constituye causal de nulidad.

en las graves, pues ellas generan mayores índices de conflicto, tal como sucedió en el Complejo Penitenciario Federal de Jóvenes Adultos (ubicado dentro del Complejo Penitenciario Federal Nº 2 de Marcos Paz).

Otra práctica común consistía en la existencia de partes disciplinarios en donde constaba que el interno hablaba con un agente del Servicio Penitenciario Federal y se hacía cargo del hecho que se le imputaba. Sin embargo, cuando era entrevistado por la defensa técnica, se demostró, en la mayoría de los casos, que había una versión muy distinta del hecho, en la que el interno afirmaba su ajenidad.

Por último y de manera reciente, el Área Técnica de la Defensoría General de la Nación está interviniendo en la actualidad en alrededor de 80 procesos disciplinarios por semana, distribuidos en diferentes cárceles metropolitanas, por lo cual el servicio de la Defensa Publica en este tipo de procesos ha crecido en el último año de manera formidable.

10.3. Estudio jurídico. Chile

10.3.1. Régimen disciplinario

La mantención del orden y la buena convivencia dentro de un establecimiento penitenciario es fundamental para el funcionamiento general de una unidad penal ya que sólo a través de una convivencia ordenada podrán desarrollarse las actividades de reinserción social, cumplirse las normas del régimen penitenciario y salvaguardarse los derechos de los reclusos y de los funcionarios penitenciarios.

Desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos, y en especial, desde la óptica de la posición especial de garante que detenta todo Estado, éstos tienen el deber de ejercer el control efectivo de las cárceles y mantener el orden de los centros penales. De lo contrario, los reclusos se verían expuestos a abusos o malos tratos de parte de otros reclusos o del personal penitenciario. Para ello el Estado debe diseñar y aplicar efectivamente un reglamento que permita mantener un funcionamiento dentro de los recintos penitenciarios que garantice los derechos fundamentales de los reclusos.

10.3.2. Principios que informan el régimen disciplinario

Tanto a nivel interamericano como a nivel nacional, se ha señalado que las garantías establecidas en el procedimiento penal son plenamente aplicables en el campo de las sanciones administrativas.

A continuación, veremos algunos de estos principios según su relevancia en el régimen sancionatorio penitenciario.

• Principio de legalidad

La CADH, establece en su artículo 9 el principio de legalidad y de retroactividad, en términos de que nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

En relación con la aplicación de estos principios en materia administrativa y especialmente en lo referido al régimen sancionatorio, la Corte Interamericana ha señalado *"(…) conviene analizar si el artículo 9 de la Convención es aplicable a la materia sancionatoria administrativa, además de serlo, evidentemente, a la penal. Los términos utilizados en dicho precepto parecen referirse exclusivamente a ésta última. Sin embargo, es preciso tomar en cuenta 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. Unas y otras implican menoscabo, privación a alteración de los derechos de las personas, como consecuencia de una conducta ilícita. Por lo tanto, en un sistema democrático, es preciso extremar las precauciones para que dichas medidas se adopten con estricto respeto a los derechos básicos de las personas y previa una cuidadosa verificación de la efectiva existencia de la conducta ilícita"* (Corte IDH, Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá, 2001).

Por su parte, la legislación chilena recoge este principio en el artículo 19 N° 3 inc. 7 y 8 de la Constitución Política de la República. Al igual que la Corte IDH, nuestro Tribunal Constitucional, en numerosas resoluciones, ha establecidos que *las sanciones administrativas (quedan sujetas) al estatuto constitucional del artículo 19 N°3, en lo relativo a los principios de legalidad y tipicidad, exigiendo que el acto administrativo sancionador se imponga en el marco de un debido proceso, teniendo siempre el afectado derecho a impugnarlo ante los tribunales de justicia. En tal sentido, este Tribunal ha precisado que "los principios inspiradores del orden penal han de aplicarse, por regla general, al derecho administrativo sancionador, puesto que ambos son manifestaciones del ius puniendi" (*STC Rol No 244/1996, consid. 9º).

Por lo tanto, las conductas constitutivas de faltas y sus sanciones deben estar establecidas en una ley. Pese a ello, en la regulación chilena, estas normas se encuentran establecidas en un reglamento.

• Derecho al debido proceso

El derecho al debido proceso integra todas las garantías que deben observarse en las instancias procesales para que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos.

"Es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con ese deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas"; "en cualquier materia (…) la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos los derechos humanos; "cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal" (CIDH, Caso Baena Ricardo y otros, vs. Panamá, del 2 de febrero de 2001).

En el ámbito interamericano, las garantías del debido proceso están establecidas en el artículo 8 de la CADH. En relación al punto 1 del artículo 8, que contempla las garantías generales, la Corte IDH ha señalado reiteradas veces que los procedimientos administrativos están sujetos a las reglas del debido proceso. Por tanto, quien será objeto de un procedimiento disciplinario tiene derecho a ser oído, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un órgano competente, independiente e imparcial. Así lo resolvió en el Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá, 2001, al indicar que *"La justicia, realizada a través del debido proceso legal, como verdadero valor jurídicamente protegido se debe garantizar en todo proceso disciplinario, y los Estados no pueden sustraerse de esta obligación, argumentando que no se aplican las debidas garantías del artículo 8 de la Convención Americana en el caso de sanciones disciplinarias y no penales. Permitirle a los Estados dicha interpretación equivaldría a dejar a su libre voluntad la aplicación o no del derecho de toda persona a un debido proceso".*

La Corte ha aclarado que la exigencia de independencia no es exigible a la administración, en tanto cumpla con las otras dos exigencias (Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile, 2013: 32).

La Corte IDH, ha ampliado la aplicación del artículo 8.2, que contempla garantías especiales para imputados en un juicio penal a materias distintas de las penales y a sujetos diferentes de los imputados, haciéndolas aplicables a procedimientos administrativos sancionatorios. Así lo estableció en el Caso Vélez Loor vs. Panamá, 2010 y en el Caso Baena y otros vs. Panamá, 2001: *"Adicionalmente, la Corte ha interpretado que el elenco de garantías mínimas establecidas en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención se aplica también a la determinación de derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. Por esta razón, no puede la administración dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar también a las personas sometidas a dichos procesos las referidas garantías mínimas, las cuales se aplican, mutatis mutandis, en lo que corresponda".*

Por su parte, la legislación nacional consagra la garantía del debido proceso en la carta fundamental, en el artículo 19 N° 3 inc. 5. Tal como lo ha establecido la Corte IDH, nuestra jurisprudencia constitucional también ha hecho extensible dichas garantías a otros procedimientos, diversos de los penales: ***"****Tal como ha tenido oportunidad de establecer*

en más de una ocasión esta Magistratura, las expresiones "sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción", contenidas en el inciso quinto del numeral 3° del artículo 19 de la Carta Fundamental, deben entenderse en un sentido amplio, extendiéndolas [...] sin limitación alguna, al ejercicio de la jurisdicción esto es, el poder de conocer y resolver cualquier conflicto de carácter jurídico por cualquier órgano, sin que importe su naturaleza, y se refiere a sentencia no en un sentido restringido, sino como a toda resolución que decide una controversia de relevancia jurídica" (Sentencia del Tribunal Constitucional TC ROL Nº 747-2007, considerando 5°).

En este mismo sentido, y referido a los procedimientos sancionatorios, el Tribunal Constitucional ha señalado: *"Que, de lo razonado en los considerandos precedentes, fluye que los principios del artículo 19 N° 3 de la Constitución, en la amplitud y generalidad ya realzada, se aplican, en lo concerniente al fondo o sustancia de toda diligencia, trámite o procedimiento, cualquiera sea el órgano estatal involucrado, trátese de actuaciones judiciales, actos jurisdiccionales o decisiones administrativas en que sea, o pueda ser, afectado el principio de legalidad contemplado en la Constitución, o los derechos asegurados en el artículo 19 N° 3 de ella, comenzando con la igual protección de la ley en el ejercicio de los atributos fundamentales. Además y de los mismos razonamientos se sigue que los principios contenidos en aquella disposición constitucional rigen lo relativo al proceso racional y justo, cualquiera sea la naturaleza, el órgano o el procedimiento de que se trate, incluyendo los de índole administrativa, especialmente cuando se ejerce la potestad sancionadora o infraccional"* (Sentencia del TC Rol Nº 437, del 21 de abril de 2005).

• Derecho a una resolución fundada

Se trata de una garantía que la Corte ha incorporado vía jurisprudencia y que no se encuentra en el catálogo del artículo 8 de la Convención.

Esta garantía se traduce en que toda resolución debe contener los fundamentos de hecho y de derecho que sirven de base a la decisión sobre el fondo del asunto, a fin de que el afectado quede debidamente informado y pueda hacer valer sus derechos (Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile, 2013: 33). Así, en el Caso Claude Reyes y otros vs. Chile, en la sentencia sobre el fondo, reparaciones y costas (19 de septiembre de 2006), la Corte IDH señaló: *"En el presente caso la autoridad estatal administrativa encargada de resolver la solicitud de información no adoptó una decisión escrita debidamente fundamentada, que pudiera permitir conocer cuáles fueron los motivos y normas en que se basó para no entregar parte de la información en el caso concreto y determinar si tal restricción era compatible con los parámetros dispuestos en la Convención, con lo cual dicha decisión fue arbitraria y no cumplió con la garantía de encontrarse debidamente fundamentada protegida en el artículo 8.1 de la Convención".*

La Corte IDH ha señalado que esta garantía se aplica en todas las decisiones administrativas que afecten o puedan afectar derechos de las personas.

En cuanto a nuestra normativa nacional, el deber de fundar las resoluciones se encuentra consagrado constitucionalmente en los artículos 7 y 8 y a nivel legal en los artículos 13 de la Ley N° 18.575 (Ley orgánica constitucional de bases generales de la administración del Estado) y en el art. 11 de la Ley N° 19.880 (Ley de bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la administración del Estado). A nivel reglamentario, y en relación al acto administrativo que impone una sanción disciplinaria, el Reglamento de establecimientos penitenciarios establece que en dicha resolución se deberá hacer constar *sucintamente* lo establecido en el parte de rigor, las declaraciones del infractor, de testigos y afectados si los hubiere y estuvieren en condiciones de declarar, así como también si procede, la recomendación del Consejo Técnico. Finalmente, se establece que para aplicar la sanción, se deberá notificar personalmente al interno de la medida impuesta y de sus *fundamentos* (artículo 82 del Reglamento de establecimientos penitenciarios).

Derecho a defensa

El derecho a defensa, tal como lo señaláramos en el capítulo 2.3.2.3, comprende la defensa material y la defensa técnica. Ambas forman parte de las garantías del debido proceso y se encuentran recogidas en todos los tratados y documentos internacionales.

En la materia que nos convoca importa el derecho del recluso a presentar pruebas que desvirtúen los cargos en su contra en orden a la comisión de la falta disciplinaria y a su participación en ella, o a la existencia de circunstancias atenuantes de su responsabilidad así como a contar con un abogado defensor que lo represente durante todo el procedimiento disciplinario.

Nuestro Reglamento de establecimientos penitenciarios solo hace mención a que en caso de infracción grave, y antes de aplicarse la sanción, el Jefe del Establecimiento deberá *escuchar* personalmente al infractor.

• Principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad se aplica a todo ejercicio de la potestad sancionadora del Estado y persigue mantener el adecuado equilibrio entre la gravedad del hecho y la sanción que le corresponde (Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile, 2013: 38).

Este principio comprende tres sub principios: a) el principio de adecuación, es decir, que el sacrificio impuesto en el ejercicio de un derecho sea adecuado para preservar otro derecho o un bien constitucionalmente protegido, b) el principio de necesidad, esto es, que el sacrificio impuesto sea necesario —que no exista otro menos lesivo— para preservar otro derecho o un bien constitucionalmente protegido, y c) el principio

de proporcionalidad en sentido estricto, en donde la ponderación propiamente dicha ocupa su lugar, formulada en la denominada ley del balance: "*cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro*" (Moreso, 2008). Estos tres elementos deben concurrir al momento de aplicarse una sanción para que ésta sea proporcional a la falta cometida y, en caso de un accionar jurisdiccional, deberán ser parte del control que efectúe el Juez.

Si bien el principio de proporcionalidad no se encuentra expresamente establecido en los instrumentos del sistema universal de las Naciones Unidas ni en el sistema interamericano, se desprende de los requisitos exigidos por la Convención Americana de Derechos Humanos para limitar derechos fundamentales (Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile, 2013: 38).

La limitación a los derechos fundamentales se consagra en el art. 30 de la Convención, que fija determinados requisitos para que ella sea legítima: i) reserva legal; ii) fin legítimo, esto es, que la causa invocada para justificar la restricción sea de aquéllas establecidas en la Convención (ejemplo: seguridad u orden público, protección de la salud, protección de los derechos y libertades de los otros); y iii) que sea necesaria en una sociedad democrática, es decir, conducente para asegurar el valor que se pretende proteger mediante la restricción de ese derecho particular. Aquí se establece la proporcionalidad en términos de que la limitación sea estrictamente necesaria para conseguir el objetivo perseguido y no exista otra alternativa menos gravosa que la restricción del derecho.

En nuestra legislación, y como se verá más adelante, la autoridad administrativa goza de una facultad discrecional para efectos de determinar la sanción aplicable, pero dicha discrecionalidad debe encuadrarse dentro de ciertas reglas establecidas en la norma internacional. Así, y en relación al principio en estudio, tratándose de infracciones leves solo podrán aplicarse las sanciones señaladas en las letras a), b) o c) del art. 81 del Reglamento de establecimientos penitenciarios. En caso de infracciones menos graves podrá aplicarse cualquiera de las sanciones consignadas en las letras d), e), f), g) y h), y en caso de infracciones graves podrá aplicarse cualquiera de las sanciones señaladas en las letras i), j) o k). Se pretende que el castigo sea justo, esto es, oportuno y proporcional a la falta cometida tanto en su drasticidad como en su duración (art. 82 del Reglamento).

• Ne bis in ídem

El principio *ne bis in ídem* ha sido formulado como la prohibición de sancionar dos o más veces a una misma persona, por la realización de un mismo hecho, cuando el fundamento de la punición es el mismo, es decir, cuando concurre la triple identidad de persona, hecho y fundamento.

En materia de régimen sancionatorio penitenciario se pueden presentar dos situaciones en relación a este principio:

1. Acumulación de dos o más sanciones administrativas respecto de un mismo recluso por un mismo hecho.
   Tanto a nivel internacional como nacional dicha acumulación se encuentra prohibida, es decir, el principio tiene plena vigencia, de tal forma que *"un recluso solo podrá ser sancionado conforme a las prescripciones de la ley o reglamento, sin que pueda serlo nunca dos veces por la misma infracción"* (Regla 30.1 Reglas Mínimas). Lo mismo ha dicho la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: *"Asimismo, y en atención al principio del non bis in ídem, ninguna persona privada de libertad podrá ser sancionada disciplinariamente dos veces por los mismos actos"* (CIDH, 2011: 379).
   En nuestro Reglamento de establecimientos penitenciarios la posibilidad de aplicar más de una sanción disciplinaria por un mismo hecho, queda también descartada, al reconocer la vigencia del principio ne bis in ídem en su art. 81 inc. 1. Ello, con la salvedad de la sanción de internación en celda solitaria que conlleva, además, la prohibición de recibir paquetes, salvo útiles de higiene y limpieza (art. 86 inc. 2 del Reglamento).
2. Acumulación de sanciones penales y administrativas respecto de un mismo recluso por los mismos hechos. Frente a la duplicidad de sanciones, las posturas no son únicas. Una parte de la jurisprudencia y doctrina internacionales han señalado que no habría infracción al principio en estudio por cuanto no se daría la concurrencia de la triple identidad en relación a su tercer elemento, esto es, el fundamento de la punición. *"Asimismo, y en atención al principio del non bis in ídem, ninguna persona privada de libertad podrá ser sancionada disciplinariamente dos veces por los mismos actos. Esto no obsta para que en aquellos casos en los que la acción desplegada por el interno constituya delito, le sean aplicadas también las sanciones penales correspondientes"* (CIDH, 2011: 379). Las sanciones administrativas y las penales tendrían, entonces, un distinto fundamento punitivo: para las sanciones administrativas penitenciarias el fundamento de la punición se encontraría en la mantención del orden y la seguridad del establecimiento, y en el caso de las sanciones penales se trataría de la protección de diversos bienes jurídicos individuales o colectivos[135]. En forma coincidente ha sido planteado por el Tribunal Constitucional Español, al señalar que *"Este tipo de infracciones (penitenciarias), y el alcance con que han sido contempladas, es de naturaleza puramente disciplinaria, afectando tan solo al orden en la prisión"…"no altera la verdadera naturaleza de la particular infracción el que la misma pudiera figurar también en el Código Penal, sobre todo allí cuando el incidente toma una perspectiva más seria contemplada a la luz de las exigencias de la disciplina de prisión"* (Sentencia 2/87, del 21 de enero, en Tamarit et al., 2005: 225).
   La posición contraria cuestiona la imposición de ambas sanciones a un mismo recluso por los mismos hechos. Se ha señalado al respecto que ello infringiría el

135. En igual sentido López y Machado, 2004: 238.

principio de proporcionalidad, culpabilidad e igualdad, puesto que implicaría incrementar la pena que reciben los reclusos y reclusas por sobre el umbral que se aplica al resto de las personas (Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile, 2013: 39). Se señala también que ambos tipos de sanciones representan la respuesta del Estado frente a un comportamiento no permitido, siendo el derecho sancionador una unidad y, por tanto, tendrían un mismo fundamento (Carnevali, et. al., 2013: 412). Pareciera difícil en estos casos poder observar un fundamento autónomo de punición diverso cuando las conductas sancionadas son idénticas, al punto que nuestro Reglamento y otras normativas consagran como sanción disciplinaria la comisión de cualquier hecho que revista los caracteres de crimen, simple delito y algunas faltas (art. 78 letra m) y 79 letra m) RP).

Estándares específicos para mujeres privadas de libertad

Respecto de las mujeres privadas de libertad, los estándares internacionales buscan principalmente proteger a las mujeres en su calidad de madres y en función de su embarazo, y ampararlas frente a posibles actos de violencia o abuso. Así explícitamente lo indican las Reglas de Bangkok, al señalar que "*no se aplicarán las sanciones de aislamiento o segregación disciplinaria a las mujeres embarazadas, ni a las mujeres con hijos o a las madres en período de lactancia*" (Regla 22).

En esa misma lógica, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado respecto de los efectos perjudiciales de la incomunicación severa en las mujeres madres privadas de libertad aseverando que "*diversos órganos internacionales han enfatizado la obligación de los Estados de tomar en consideración la atención especial que deben recibir las mujeres por razones de maternidad, lo cual implica, entre otras medidas, asegurar que se lleven a cabo visitas apropiadas entre madre e hijo. La imposibilidad de comunicarse con sus hijos ocasionó un sufrimiento psicológico adicional a las internas madres*" (CIDH, Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú, 2006).

No obstante, las normas internacionales también plantean un límite a la implantación de sanciones para mujeres privadas de libertad, no restringido a las que son madres, al indicar que "*Las sanciones disciplinarias para las reclusas no comprenderán la prohibición del contacto con sus familiares, especialmente con los niños*" (Regla 23, Reglas de Bangkok). Esta prohibición se sustenta en el reconocimiento de la importancia de la familia en el proceso de reinserción de una persona privada de libertad y es reconocida por las normas internacionales respecto de todas las personas privadas de libertad, sin distinción de género, tal como se verá más adelante.

10.3.3. Infracciones disciplinarias

El régimen disciplinario rige para todas las personas privadas de libertad, independiente de su situación procesal, es decir, imputados y procesados en prisión preventiva

y en calidad de condenados, y tanto respecto de conductas realizadas tanto dentro como fuera del establecimiento penitenciario.

La excepcionalidad del régimen disciplinario se encuentra recogida en el artículo 75 del Reglamento de establecimientos penitenciarios, en tanto dicho régimen representa restricciones a derechos de los reclusos. Dichas restricciones sólo podrán establecerse a fin de proteger los derechos de la población penal, resguardar el orden interno del establecimiento y hacer cumplir las disposiciones del régimen penitenciario.

Las infracciones o faltas disciplinarias están establecidas en los artículos 77 a 80 del Reglamento, que las clasifica en faltas disciplinarias graves, menos graves y leves.

El catálogo de faltas graves está establecido en el artículo 78, de menos graves en el artículo 79 y las faltas leves en el artículo 80, todos del Reglamento.

De la revisión del catálogo surgen algunas cuestiones críticas, a las cuales se les debe prestar atención al momento de determinar cuál será la sanción aplicable:

1. No se distingue entre grados de ejecución de la conducta ni entre los diversos tipos de participación (ej.: constituye falta grave el intento, la colaboración o la consumación de la fuga).
2. Se equiparan conductas de desigual gravedad (ej.: son faltas graves dar muerte a cualquier persona y desencerrarse).
3. Se utilizan frecuentemente conceptos jurídicos indeterminados (levemente, gran escándalo, actos reñidos contra la moral y las buenas conductas, daños de consideración, etc.) o se utilizan otros muy técnicos y poco comprensibles para el recluso (ej.: constituye falta menos grave dañar dependencias o materiales del establecimiento o pertenencias de internos con negligencia temeraria o culpa grave).
4. Algunas hipótesis de faltas disciplinarias no se condicen con la finalidad perseguida por el régimen penitenciario de resguardar el orden y la seguridad interna del establecimiento (ej.: atentar contra las buenas costumbres fuera del establecimiento; realizar actos reñidos con la moral o las buenas costumbres, sin grave escándalo y trascendencia en traslados y permanencias fuera de la unidad penal).

Podríamos concluir que la regulación de las faltas disciplinarias en un reglamento y no en una ley, junto a las ya mencionadas descripciones defectuosas y ambiguas de varias conductas típicas, importan una violación a los principios de legalidad y tipicidad.

10.3.4. Sanciones disciplinarias

Las sanciones disciplinarias se encuentran establecidas en el art. 81 del Reglamento de establecimientos penitenciarios. Las sanciones van desde una amonestación verbal hasta la internación en celda solitaria.

La pregunta que surge es qué sanción se aplicará en una situación específica. La respuesta dependerá, en primer lugar, de la falta cometida. Así:

Falta disciplinaria	Sanción disciplinaria
Graves	• Privación hasta por un mes de toda visita o correspondencia con el exterior. • Aislamiento de hasta cuatro fines de semana en celda solitaria, desde el desencierro del sábado hasta el encierro del domingo. • Internación en celda solitaria por hasta 10 días.
Menos grave	• Privación de participar en actos recreativos comunes hasta por 30 días. • Prohibición de recibir paquetes o encomiendas por un lapso de hasta 30 días. • Limitación de las visitas a un tiempo mínimo que no podrá ser inferior a cinco minutos, durante un lapso que no excederá de un mes. • Privación hasta por una semana de toda visita o correspondencia con el exterior. • Revocación de permisos de salida.
Leves	• Amonestación verbal. • Anotación negativa en la ficha personal. • Prohibición de recibir paquetes o encomiendas por un lapso de hasta 15 días.

La elección de la sanción dentro de las posibilidades de cada categoría, así como su duración, se ajustará a las circunstancias del caso concreto, pero además a la conducta que el recluso haya tenido durante el transcurso del año. En caso de reincidencia, esto es, que registre faltas disciplinarias previas, podrá aplicarse hasta el máximo de la sanción y respecto de internos que no registren faltas anteriores podrá imponerse el mínimo de ella. No debe olvidarse que la facultad discrecional que se le reconoce al Alcaide en esta materia queda limitada, en especial, por el principio de proporcionalidad.

En materia de sanciones, la Corte IDH ha establecido determinados estándares, la mayoría de ellos no recogidos por nuestra legislación, y que dicen relación con la prohibición de castigos extraoficiales, esto es, no contemplados en la norma; prohibición de castigos colectivos y prohibición de sanciones que impliquen una restricción total del contacto con la familia.

En cuanto a los castigos no oficiales, el Principio IX.4 de los Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas, establece que *"los traslados no se deberán aplicar con la intención de castigar, reprimir o discriminar a las personas privadas de su libertad, a sus familiares o representantes"*. Nuestro Reglamento no contempla el traslado dentro del catálogo de sanciones disciplinarias. No obstante ello, es muy frecuente que en la práctica se utilice como tal luego de la ocurrencia de ciertos hechos, tales como intentos de motín, alteraciones en el orden y la seguridad del establecimiento, riñas, agresiones a funcionarios, etc.

En cuanto a los castigos colectivos, nuestra normativa los permite. Si bien no lo contempla dentro del apartado del régimen disciplinario, sí lo prevé al regular las limitaciones y restricciones a las visitas al permitirle al Alcaide, por razones de seguridad y buen orden del establecimiento, el limitar o suspender temporalmente las visitas a *toda la población penal o a parte de ella* (art. 56 del Reglamento de establecimientos penitenciarios).

Lo mismo sucede con la limitación del contacto familiar ya que dentro del catálogo de sanciones, para el caso de infracciones graves y menos graves, se contempla la privación hasta por una semana o por un mes de toda visita o correspondencia con el exterior (letras g) e i) artículo 81 del Reglamento de establecimientos penitenciarios), limitación explícitamente prohibida en diversas normas internacionales, como ya ha sido explicitado en párrafos anteriores.

Sanción de aislamiento en celda solitaria

La sanción de internación en celda solitaria ha sido objeto, respecto de las sanciones disciplinarias, de un mayor desarrollo normativo y jurisprudencial, tanto a nivel interamericano como en nuestra legislación. Ello se debe, por una parte, a los efectos que el aislamiento puede producir y, por otra, a los graves abusos a los que se puede ver expuesto el recluso por el mayor riesgo de agresiones que el aislamiento representa. Así, la Corte Intermaericana ha establecido *"que el aislamiento prolongado y la incomunicación coactiva son, por sí mismos, tratamientos crueles e inhumanos, lesivos de la integridad psíquica y moral de la persona y del derecho al respeto de la dignidad inherente al ser humano. La incomunicación sólo puede utilizarse de manera excepcional, tomando en cuenta los graves efectos que genera, pues el aislamiento del mundo exterior produce en cualquier persona sufrimientos morales y perturbaciones psíquicas, las coloca en una situación de especial vulnerabilidad y acrecienta el riesgo de agresión y arbitrariedad en las cárceles"* (CIDH, Caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador, 2007).

A nivel internacional, el aislamiento, ya sea como castigo disciplinario, aislamiento del imputado durante las investigaciones penales ("*incomunicación*") o como condena judicial, debe ser, según la Comisión y la Corte interamericana y la Declaración de Estambul sobre la utilización y los efectos de la reclusión en régimen de aislamiento (2007):

- Utilizada para casos excepcionales.
- Por períodos de tiempo lo más breves posibles (no debe superar los 30 días).
- Como medida de último recurso; siempre sujeta a control judicial.
- Respetar el principio de legalidad.
- Cumplir con los estándares mínimos de habitabilidad, espacio y ventilación (la sanción es el aislamiento y no las condiciones de las celdas).
- La salud de la persona debe ser monitoreada de forma permanente por personal de salud independiente.

"La Corte considera que las celdas de aislamiento o castigo sólo deben usarse como medidas disciplinarias o para la protección de las personas por el tiempo estrictamente necesario y en estricta aplicación de los criterios de racionalidad, necesidad y legalidad. Estos lugares deben cumplir con las características mínimas de habitabilidad, espacio y ventilación, y sólo pueden ser aplicadas cuando un médico certifique que el interno puede soportarlas. La Corte recalca que es prohibido el encierro en celda oscura y la incomunicación. A tal efecto, el Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas señaló que celdas de aislamiento de 60 x 80 cm., en las que no hay luz ni ventilación y sólo se puede estar en ellas de pie o agachado "constituyen en sí mismas una forma de instrumento de tortura" (CIDH Caso Montero Aranguren y otros (retén de Catia) vs. Venezuela, 2006).

En nuestra normativa, la internación en celda solitaria se encuentra regulada en los artículos 81 k); 85 y 86 del Reglamento de establecimientos penitenciarios y en la Res. Ex. N° 4247 del 10 de mayo de 2013 del Director Nacional Gendarmería que establece criterios para la aplicación de las sanciones de aislamiento e internación en celda solitaria en los establecimientos del régimen cerrado.

Esta resolución define una serie de principios y directrices generales, destacando:

- Que la aplicación de la sanción será siempre excepcional y como medida de último recurso, cuando no exista otra manera menos gravosa para conseguir la finalidad perseguida y por el tiempo estrictamente necesario.
- Que el interno sólo podrá ser sancionado conforme al Reglamento y jamás dos veces por el mismo hecho.
- Que las sanciones podrán ser reducidas, revocadas, suspendidas o aplazadas, atendiendo a las circunstancias propias del caso.
- Que previo a aplicar una sanción por comisión de una falta grave, el interno debe ser notificado de que se lleva un procedimiento sancionatorio en su contra. Se deberá escuchar al interno, dejando constancia de dicha circunstancia y de las explicaciones o justificaciones que aquél diera en dicha oportunidad.
- Que respecto de los imputados rige el principio de inocencia, por ende, la prisión preventiva debe cumplirse de tal forma que no adquiera las características de una pena.
- Toda medida disciplinaria aplicada a un imputado debe ser puesta en conocimiento del tribunal que conozca de la causa.
- La resolución que aplique la sanción de internación en celda solitaria debe contener una síntesis de los hechos por los cuales el interno es sancionado, sus fundamentos normativos y el período de duración de la medida. Además, deberá acompañarse toda la documentación que sea pertinente.
- Finalmente se establece que la imposición de la sanción así como su extensión, deberá ser determinada y ponderada de conformidad a la concurrencia de determinadas circunstancias atenuantes y agravantes, que la propia resolución exenta establezca.

Circunstancias atenuantes. Se consideran como tales las siguientes:

- Haber sido el recluso provocado o amenazado por otro interno o funcionario.
- Registrar conducta buena o muy buena durante los 3 bimestres anteriores.
- Haber procurado reparar el daño causado.
- La confesión, su denuncia o el arrepentimiento.
- Encontrarse haciendo uso de un permiso de salida.

Circunstancias agravantes. Se consideran como tales las siguientes:

- Que la conducta del interno constituya 2 o más faltas establecidas en él.
- Que exista reincidencia en la comisión de faltas graves dentro de los últimos 6 meses.
- Que en la comisión de la falta, el interno haya demostrado un alto nivel de agresividad o violencia.
- Que haya ocasionado daños o perjuicios graves para bienes de otro interno o de la administración penitenciaria.
- Cometer la infracción valiéndose de la confianza que ha sido depositada en su persona por la autoridad penitenciaria.
- Cometer la falta, motivado por ideología, religión, nacionalidad, raza, etnia, sexo, orientación sexual, identidad de género, edad, apariencia personal, entre otras.

Duración de la sanción de internación en celda solitaria

El Reglamento de establecimientos penitenciarios establece que esta sanción no podrá exceder de 10 días. Para la determinación de su extensión en el caso concreto, la Res. Ex. Nº 4247 divide la sanción en cuatro tramos y establece diversas reglas según la concurrencia de circunstancias atenuantes y agravantes. Las reglas y, por ende, el tramo que podrá aplicarse, varían según la falta grave que se haya cometido, las que se han dividido en dos grupos.

Tramos	Duración
Tramo 1	De 1 a 3 días
Tramo 2	De 4 a 5 días
Tramo 3	De 6 a 8 días
Tramo 4	De 9 a 10 días

De las reglas anteriores surge que para la falta grave de dar muerte a otro o participar en motines o huelgas de hambre (ejemplos del primer grupo), podrán aplicarse los tramos 3 a 4, según sean las circunstancias que concurran. En el caso de las faltas graves tales como la riña o el desencierro (ejemplos del segundo grupo) podrán aplicarse los tramos 1 a 2.

Cualquiera sea la duración de la sanción, el recluso deberá ser conducido a un lugar al aire libre durante dos horas diarias.

10.3.5. Procedimiento disciplinario

La autoridad que detenta la potestad disciplinaria es el Jefe del Establecimiento o Alcaide. A él corresponde determinar la sanción que será aplicada (art. 82 del Reglamento de establecimientos penitenciarios).

En el ejercicio de dicha potestad, el Alcaide deberá tener a la vista el parte de rigor y la declaración del interno, de los testigos y del afectado, si lo hubiere, así como también, si existe, la recomendación del Consejo Técnico y deberá dejar constancia sucintamente en la resolución de todos esos antecedentes.

Sólo en el caso que se trate de una conducta sancionada con falta grave, el jefe del penal está obligado a oír al interno, más no en el caso de faltas menos graves o leves.

Asimismo, sólo en caso de faltas graves, deberá remitirse una copia de la resolución que aplica la sanción al Director Regional, quien podrá eventualmente anularla o modificarla por razones fundadas.

Para cualquier sanción disciplinaria, el Jefe del establecimiento deberá considerar, además de la gravedad de la falta, la conducta del recluso durante el transcurso del año (art. 98 del Reglamento de establecimientos penitenciarios). Así, en caso de reincidencia, se podrá aplicar hasta el máximo de la sanción y en caso de internos primerizos podrá imponerse el mínimo de ella.

Como requisito de validez del acto administrativo, el art. 87 del Reglamento indica que la repetición de toda medida disciplinaria deberá comunicarse al Juez del lugar de reclusión antes de su aplicación, quien sólo podrá autorizarla por resolución fundada y adoptando las medidas para resguardar la seguridad e integridad del interno. Dicho Juez, por las normas de competencia del Código Orgánico de Tribunales (art. 14 letra f), es el Juez de Garantía en cuyo territorio jurisdiccional se encuentre recluido el condenado. Si se trata de imputados sujetos a prisión preventiva, la aplicación de cualquiera de las medidas disciplinarias, deberá ser informada inmediatamente al tribunal que conoce de la causa.

10.3.6. Trascendencia de la cuestión disciplinaria en la concreta ejecución de la pena privativa de libertad

El régimen disciplinario respecto de personas condenadas y privadas de libertad impacta fuertemente en el cumplimiento de sus condenas. Dicho impacto se produce desde dos perspectivas: en términos cualitativos, al significar la restricción de diver-

sos derechos de una persona cuyo *status libertatis* ya se encuentra restringido, implica una mayor severidad en las condiciones de cumplimiento de sus condenas, no sólo por la sanción aplicada (internación en celda solitaria, restricción de visitas, prohibición de participar en actividades recreativas, culturales, etc.), sino también porque determina la restricción de una serie de institutos y derechos dirigidos a la reinserción social.

Ello, por cuanto la aplicación de sanciones disciplinarias por faltas graves o menos graves importa en nuestro sistema penitenciario una rebaja en la calificación de conducta del condenado de uno o más grados según lo determine el Tribunal de Conducta respectivo[136]. A su vez, el Decreto Ley N° 321, que regula la libertad condicional, señala que dicho organismo solo podrá aumentar la calificación de conducta en un grado por cada período. Ello significa en la práctica el establecimiento de un plazo de suspensión o espera en la postulación a diversos instrumentos de reinserción social y derechos. Así, por ejemplo, las visitas íntimas exigen tener buena o muy buena conducta en el bimestre anterior a la postulación[137] ; los permisos de salida y la libertad condicional, a su vez, exigen muy buena conducta durante el semestre anterior a la postulación.

Desde una perspectiva cuantitativa, las sanciones disciplinarias impactan en la duración de la condena. Como ejemplo podemos citar el sistema de reinserción social de rebaja de condena, que exige una determinada calificación de conducta durante el semestre anterior (buena o muy buena conducta) para poder ser objeto de calificación por parte de la Comisión respectiva; conducta que también será necesaria para no cesar en el comportamiento sobresaliente (art. 60 Reglamento Rebaja de Condena y 12 Ley Rebaja de Condena). Finalmente, en el caso del indulto particular, el Tribunal de Conducta del establecimiento respectivo deberá emitir un informe donde se considere la conducta del recluso[138].

136. Ver artículo 88 Reglamento de establecimientos penitenciarios.
137. Ver Res. 434 de 5.02.2007 de la Subdirección Técnica de Gendarmería que regula las visitas íntimas.
138. Ver artículo 4 letra d) Reglamento de indultos particulares.

Capítulo 11. Los grupos especialmente vulnerables

1.1. Introducción

I. Si el régimen penitenciario debe consistir en un tratamiento cuya finalidad esencial se orienta a la reforma y readaptación social de los penados, favoreciendo su reinserción, será necesario prestar especial atención a la diversidad del ser humano, garantizando que en la medida de lo posible las condiciones regimentales tengan en cuenta las necesidades básicas de los grupos resultantes. Se ha criticado, en ocasiones, que una política penitenciaria diversificadora corre el riesgo de disolver el principio de igualdad objetiva ante la ley, que informa todo el sistema penal; sin embargo, semejante argumento ignora que este principio exige tratar desigual, aquello que lo es y, nadie, pone en duda que determinados grupos humanos presentan especiales dificultades de adaptación a la cárcel que deben ser prioritariamente atendidas. Debido a sus especiales características necesitarán de un tratamiento especializado. Bajo este epígrafe vamos a referirnos a estos colectivos con la terminología de "*grupos especialmente vulnerables*", en el que incluimos a mujeres, jóvenes, extranjeros y otros grupos, como las personas con discapacidades, los ancianos, los enfermos de SIDA y las minorías sexuales.

Lamentablemente las separaciones convencionales, tradicionalmente asumidas por las mayorías de los sistemas penitenciarios, no van seguidas de un diseño regimental de adaptación, sino que se quedan, en eso, en meras separaciones porque para orientar correctamente las clasificaciones constituye un presupuesto ineludible contar con posibilidades materiales de medios y de personal, que van mas allá del espacio fraccionado, con las que no cuenta la Administración penitenciaria. Cuando las separaciones no implican unos cambios regimentales sensibles a las necesidades de cada grupo, lo que, inicialmente, pudiera ser entendido como un derecho del grupo separado, termina convirtiéndose en una segregación encubierta en favor del grupo dominante.

II. La tendencia a clasificar y separar la población reclusa no es un fenómeno actual ni reciente, ya en los primeros vestigios de las regulaciones penitenciarias se observa el interés por romper la conciencia de grupo y los peligros de movimientos solidarios por medio de rígidos criterios de separación. En sus orígenes la clasificación cumple una

función esencialmente disciplinaria, con ella se trata de evitar la tradicional masificación que a la postre ofrecían las condiciones idóneas para todo tipo de conflictividad en el mayor de los anonimatos. La disciplina, como apunta Foucault, requiere ante todo la distribución de los individuos en el espacio; los emplazamientos funcionales codifican el espacio, rompen las solidaridades peligrosas y hacen comunicarse a las personas bajo una particular relación jerárquica. A esta razón disciplinaria se añadió con el tiempo otra de carácter resocializador que, no obstante, nunca llegó a desplazar del todo las separaciones de contenido disciplinario y que, en muchas ocasiones, se limitaba a encubrirlas. Pero tampoco puede ignorarse que también los aspectos de racionalización y economización de los medios penitenciarios juegan un papel, de no escasa consideración, en la separación de los internos.

III: Básicamente en los sistemas actuales encontramos dos grandes criterios de separación con sentidos totalmente distintos. El uno —para el que se reserva la expresión separación, de carácter regimental—, y el otro, terapéutico y empírico experimental —al que denominaremos, clasificación—. Mientras que las necesidades de aquel carecen de cualquier constatación empírica, de manera que el sentido de la separación se agota con el traslado del interno a la correspondiente sección o establecimiento, las de este responden formalmente a un método para conducir la ejecución penal, dentro de un programa global de ubicación de los penados en el establecimiento y con las condiciones más adecuadas al modelo individualizado de ejecución, es decir, con medidas específicas de formación, trabajo, tiempo libre, etc. La clasificación es la fórmula a través de la cual se articula el tratamiento resocializador al régimen y es, al menos, teóricamente el resultado de un proceso de individualización científica. Con esta denominación se pretendió pasar la página histórica de los sistemas progresivos en los que primaban los factores objetivos y, especialmente, el tiempo de cumplimiento para poder evolucionar dentro de él. No obstante, las indiscutibles ventajas del sistema clásico de objetividad y certeza lo han hecho resistente y aun encontramos pasajes en donde reaparece.

11.1.1. La mujer en la prisión

Es conveniente comenzar afirmando que las estadísticas penitenciarias sobre población reclusa reflejan que el porcentaje de reclusas es poco significativo frente a la población masculina, moviéndose a nivel mundial en una horquilla comprendida entre el cinco y el quince por ciento. Además, resulta llamativo comprobar que entre las mujeres el porcentaje de extranjeras es superior al que se da en la población masculina, lo que va a incidir aún más en la vulnerabilidad de este colectivo, propiciando un doble estigma; tanto por el carácter retributivo que la privación de libertad comporta, como por su aislamiento cultural. La reclusión de la mujer en un centro penitenciario va a suponer una mayor vulnerabilidad, no sólo por los abusos y agresiones sexuales de los que es objeto con frecuencia, sino sobre todo en atención a la separación de su entorno familiar y el alejamiento de sus hijos. De ahí que estas circunstancias particulares

exijan la adopción de medidas especiales que favorezcan la reinserción de las reclusas privadas de libertad.

Desde una perspectiva histórica podemos afirmar que las prisiones fueron construidas pensando sólo en la población reclusa masculina, como centros de trabajo forzado, inimaginables para las condiciones físicas de la mujer. El aumento de la población reclusa femenina hizo preciso adaptar aquellos centros a las necesidades de este colectivo, sin que en todos los supuestos se haya logrado esa loable pretensión, por razones básicamente presupuestarias. En Europa, por ejemplo, son escasos los países en los que existen verdaderos esfuerzos por crear un sistema penitenciario de género y alternativo y las políticas penitenciarias mas frecuentes se limitan a ubicarlas en espacios o establecimientos separados. No es exagerado, pues, afirmar que el mundo de las prisiones sigue teniendo una asignatura pendiente con el género. Incluso penas privativas de libertad con diseños más modernos, como el arresto de fin de semana, están pensadas para el hombre trabajador que de esta forma ve compatibiliazado el calendario laboral con el punitivo, pero no para la mujer que, alejada del mercado laboral, puede interesarle, eventualmente, más la compatibilidad con otras cargas.

Una vez más las experiencias obtenidas han puesto de relieve los graves perjuicios que se originan en quienes son obligados a vivir durante largos periodos de tiempo sin ningún tipo de contacto con personas del sexo opuesto. La separación artificial provoca una sensación de bloqueo en este tipo de relaciones. Por el contrario, los establecimientos coeducativos ayudan a normalizar la vida dentro de la prisión y a que los internos aprendan a controlar sus sentimientos sobre sí mismos y sobre los demás y encontrar su identidad en un sentido positivo. No obstante, se trata de una de las separaciones con más raigambre histórica, aunque en las últimas décadas el régimen de separación se ha flexibilizado en la misma medida que la mujer se ha ido incorporando socialmente en régimen de igualdad con el hombre.

El fundamento esgrimido para separar hombres y mujeres es un pretendido riesgo de promiscuidades y contagios insalubres que en realidad ocultan los dictados de una determinada moral contraria a permitir no solo las relaciones sexuales libres entre adultos, sino, incluso, las situaciones de riesgo. En este sentido, parece merecer menos atención los graves problemas de agresiones homosexuales que con tanta frecuencia se producen en las prisiones y la mercadería sexual con la que se trata de compensar las falta de una vida sexual normalizada.

Por otro lado, las condiciones regimentales para la mujer, como consecuencia de su separación del colectivo de hombres —sensiblemente, más numeroso—, se ven negativamente afectadas. Los servicios y los recursos generales —educación, sanidad, cultura, etc.— son más incompletos y también las prestaciones de la Administración.

No obstante, la fusión de estos dos grupos presenta algunas dificultades prácticas que recomiendan un estudio previo por parte de los equipos técnicos. Tanto el funcionario de prisiones, como la propia comunidad reclusa darían, probablemente, origen a ciertas tensiones. Habría que considerar, entre otras circunstancias, la conveniencia de equiparar el número de hombres y mujeres y, por supuesto, contar con el consentimiento de ambos.

En el plano internacional han sido varios los instrumentos jurídicos que han tocado este tema, siendo sensibles a las características de este grupo especialmente vulnerable que precisará la adopción de medidas "*ad hoc*" a sus necesidades. Este desiderátum no ha cristalizado aún en un auténtico modelo alternativo de género internacional convenido, si bien se han confeccionado unas recomendaciones mínimas. Concretamente las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas en la Regla 8 establece una separación de categorías entre los internos, al describir que "*los reclusos pertenecientes a categorías diversas deberán ser alojados en diferentes establecimientos o en diferentes secciones dentro de los establecimientos, según su sexo y edad, sus antecedentes, los motivos de sus detención y el trato que corresponda aplicarles. Es decir que: a) Los hombres y las mujeres deberán ser recluidos, hasta donde fuere posible, en establecimientos diferentes; en un establecimiento en el que se reciban hombres y mujeres, el conjunto de locales destinados a las mujeres deberá estar completamente separado (…)".*

Si bien las mujeres encarceladas son consideradas un grupo especialmente vulnerable por la segregación familiar, que su encarcelamiento supone, y porque, en ocasiones, resultan ser el único sostén económico de su familia, es preciso hacer referencia a otra circunstancia que concurre en aquéllas y, obviamente no concurre en el hombre, cual es la maternidad, agravando aún más esta vulnerabilidad. Si la reclusa encarcelada está embarazada, "*el alumbramiento,* coinciden las normas internacionales, *deberá tener lugar, en la medida de lo posible, en un hospital civil, aun cuando los establecimientos de mujeres deberán también disponer de personal e instalaciones apropiadas para el parto y los cuidados postnatales*" (Regla 28.1 Estrasburgo, 23.1 de Ginebra).

Asimismo, no debe olvidarse que, en ocasiones, las mujeres que han dado a luz en centros penitenciarios lo han hecho en condiciones higiénicas y sanitarias infrahumanas, llegando a registrarse casos en los que se les ha atado con grilletes en circunstancias contrarias a la dignidad de la persona, suponiendo un trato degradante proscrito en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (artículo 3) y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 7), de ahí que se recomienda que "*en los establecimientos para mujeres deberán existir instalaciones especiales para el tratamiento de las reclusas embarazadas, de las que acaban de dar a luz y de las convalecientes. Hasta donde sea posible*" (Regla 23.1 de Ginebra). En esta línea, el principio 5 (2) Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión establece que "*las medidas que se apliquen con arreglo a la ley y que tiendan a proteger exclusivamente los derechos y condición especial de la*

mujer, en particular de las mujeres embarazadas y las madres lactantes, los niños y los jóvenes (…)".

Incluso, con carácter general, la encarcelación para la mujer embarazada debe ser el último recurso, la última ratio, salvo que no exista ninguna otra alternativa, admitiéndose que el parto en la prisión sea una circunstancia excepcional, sobre todo por las secuelas psicológicas que el alumbramiento en la prisión puede conllevar para la reclusa el resto de su vida (vid. Artículo 2 c Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer: "*Los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a: c) Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales o competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación*").

Para concluir este apartado, hemos de comentar que, paralelamente a las disposiciones adoptadas en el marco de la Unión Europea, en el ámbito americano la Declaración de San José, de 9 de marzo de 2010, reconoce la necesidad de dotar a este colectivo de una especial protección, lo que ya significa un avance considerable. De igual modo, el principio II de los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección De las Personas Privadas de Libertad en las Américas establece "*que no serán consideradas discriminatorias las medidas que se destinen a proteger exclusivamente los derechos de las mujeres, en particular de las mujeres embarazadas y de las madres lactantes*".

11.1.1.1. Alternativas a la separación. Modelos de cohabitación

La reclusión de las mujeres/madres en establecimientos penitenciarios conlleva irremisiblemente la privación de libertad de sus hijos, sufriendo una "*sanción*" más severa que la estricta privación de libertad. Y si la segregación es un estigma que agudiza aún más la encarcelación de la mujer en el establecimiento penitenciario, un tratamiento penitenciario acorde con el contexto de los derechos humanos debe ofrecer ciertas alternativas a la separación, ya sea a través de modelos de cohabitación, ya con la aplicación de medidas alternativas a la privación de libertad.

En primer lugar, con los modelos de cohabitación. Aunque los sistemas penitenciarios siguen dominados por los criterios de separación estricta que llega incluso a condicionar al personal penitenciario (las Reglas Mínimas Internacionales sobre buena práctica penitenciaria establecen: "*bajo la dirección de un funcionario femenino responsable, guardará todas las llaves de dicha sección del establecimiento. 2) Ningún funcionario de sexo masculino penetrará en la sección femenina sin ir acompañado de un miembro femenino del personal. 3) La vigilancia de las reclusas será ejercida exclusivamente por funcionarios femeninos*". R. 53), la Regla 8 a Ginebra y R. 11 1 y 2 Estrasburgo, matizada en 1987 en Europa, establece que aun cuando en principio hombres y mujeres deben ser

recluidos por separado ello no deberá ser impedimento para la participación conjunta de los sexos en actividades organizadas en el marco de un determinado programa de tratamiento. Sin duda, es un avance muy limitado para quienes estamos convencidos de las bondades de los sistemas de cohabitación, pero, al menos, rompe una larga tradición de irracional separación que domina el panorama mundial.

La Resolución (73) 5 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre el Conjunto de Reglas Mínimas para el tratamiento de los detenidos considera que el régimen del establecimiento penitenciario debe tratar de reducir las diferencias entre la vida en prisión y la vida en libertad, que tienden a debilitar el sentido de la responsabilidad del detenido o el respeto de la dignidad de su persona (principio 58). Conforme con ello, la existencia de módulos mixtos contribuirá a restablecer una cierta "*normalización*" en la relación del encarcelado con su vida familiar, favoreciendo su posterior reinserción.

En segundo lugar, con penas alternativas a la prisión. Si tenemos en cuenta el doble padecimiento que soporta la mujer privada de libertad —personal y familiar— y si consideramos los criterios preventivos mas favorables que concurren, en la medida que la mayoría de la población reclusa femenina ha ingresado en prisión por haber cometido delitos no violentos, principalmente, tráfico de drogas y contra la propiedad, y no presentan un alarmante pronóstico de peligrosidad de que vayan a cometer delitos en el futuro, en ocasiones resulta más conveniente posibilitar medidas alternativas a la privación de libertad, que no impliquen el ingreso en prisión, posibilitando su cumplimiento en el ámbito comunitario, o en régimen de semi libertad. Estas alternativas están siendo practicadas en la Unión Europea, concretamente en Italia, arrojando unos resultados muy satisfactorios frente a la privación de libertad. Por ejemplo, aplazamiento de la pena hasta que los hijos cumplan una determinada edad, el arresto domiciliario o la suspensión.

11.1.1.2. Aspectos regimentales de los centros de mujeres

Las especiales características que revisten el colectivo de mujeres privadas de libertad, que han sido expuestas anteriormente, van a exigir, asimismo, de la adopción de medidas específicas en el régimen de los centros penitenciarios, donde estas se encuentren.

En primer lugar, en los establecimientos para mujeres deben existir instalaciones especiales para el tratamiento de las reclusas embarazadas, de las que acaban de dar a luz y de las convalecientes. Hasta donde sea posible, se tomarán medidas para que el parto se verifique en un hospital civil. Si el niño nace en el establecimiento, no deberá hacerse constar este hecho en su partida de nacimiento (Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos. Regla 23).

En segundo lugar, cuando a las madres reclusas se les permita conservar su niño, deberán tomarse disposiciones para organizar una sección de madres con instalaciones

de guardería infantil, con personal cualificado, donde estarán los niños cuando no se hallen atendidos por sus madres (Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos. Regla 234).

11.1.1.3. La estancia de niños en prisión

Pero es el problema de los hijos menores en la prisión uno de los más delicados que se presentan para el sistema penitenciario cuando se intenta hacer compatibles los derechos del menor y de la maternidad en el escenario de una cárcel. En primer lugar, es preciso realizar una aproximación terminológica, tratando de definir el concepto de "*niño*" a nivel internacional. De una lectura de diversas disposiciones internacionales se entiende por niño "*todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad*" (vid. Artículo 1 Convención sobre los Derechos del Niño; regla 11 Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad).

Como se ha indicado con anterioridad, una de las circunstancias que suponía una mayor vulnerabilidad para la mujer encarcelada es la maternidad, sobre todo si tiene lugar dentro del establecimiento penitenciario. Con relación a la estancia de niños en prisión, deben distinguirse dos casos, como son, los bebés y los niños menores. En el caso de madres privadas de libertad con bebés recién nacidos la encarcelación reviste un matiz aún más delicado, si tenemos en cuenta que, tanto los recién nacidos como los bebés, tienen un vínculo físico y emocional de su madre, lo que va exigir que ambos permanezcan unidos en la misma unidad, siendo desaconsejable trasladar al bebé a una guardería. Esta situación debe durar lo que se corresponde con el tiempo natural de lactancia.

El problema se plantea, pues, en el segundo periodo. Con respecto a los niños menores que ingresen con sus madres en prisión, es complejo determinar la edad idónea en que aquéllos deban abandonar el centro penitenciario ya que se debe de huir de reglas generales y resolver la cuestión ponderando circunstancias tan diversas como la madurez del menor, sus relaciones con la madre, el medio familiar, las alternativas exteriores o las condiciones del centro penitenciario, siendo, no obstante, aconsejable emplear un criterio restrictivo, por el entorno tan anómalo que los establecimientos penitenciarios suponen. La Regla 23.2 de Ginebra (28.2 Estrasburgo) establece que "*cuando se permita a las madres reclusas conservar su niño, deberán tomarse disposiciones para organizar una guardería infantil, con personal cualificado donde estarán los niños cuando no se hallen atendidos por sus madres*".

En todo caso, debe quedar claro que siempre serán prioritarios los derechos del menor frente a los de la maternidad. Como principio general debe tenerse en cuenta que un menor no debe estar en la cárcel. La presencia del hijo es siempre excepcional y, siempre que las circunstancias lo permitan es mejor egresar a la madre. Cuando no es posible deben buscarse alternativas asistenciales extrapenitenciarias.

Mucho menos se han atendido a los derechos de la paternidad, que en la sociedad libre se encuentran mucho mas equiparados a los de la maternidad. Es difícil de entender que razones justifican que se siga manteniendo en la mayoría de los sistemas penitenciarios un trato tan discriminatorio para el padre que trata de mantener consigo a su hijo, cuando este es menor y cuando cualquier otra alternativa, incluida la de quedar con la madre, es objetivamente menos recomendable.

11.1.2. Los jóvenes en la prisión

I. El problema de la delincuencia juvenil y su reclusión es un tema muy controvertido, y, a la vez, estrechamente conectado con la responsabilidad penal de los menores. Hay bastante disparidad de criterios en el límite de edad penal adoptado por diversos países de nuestro entorno cultural, a partir de cual se puede ser imputable, esto es, responsable penal por las acciones u omisiones perpetradas. Para huir de formalismo sin contenido es recomendable aproximarse a un concepto de joven a partir de un doble criterio sico-cronológico, entendiéndose por tal quienes no hayan cumplido los veintiún años, pero también quienes se encuentren entre veintiún y veinticinco años —jóvenes adultos—, cuando el nivel evolutivo de su personalidad lo aconseje.

II. En líneas generales dentro del régimen penitenciario, los Convenios Internacionales garantizan una serie de derechos a los internos menores/jóvenes, aconsejando su separación de los adultos y recomendando evitar la privación de libertad del niño (detención, encarcelamiento o prisión), siendo aplicables sólo como último recurso por el tiempo más breve posible. Se debe garantizar que goce de un proceso debido con todas las garantías y que mantenga el contacto con sus familiares, salvo en casos excepcionales. Por ejemplo, véase el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que contempla la obligación de establecer una separación de las personas privadas de libertad, en atención a diversos criterios. Singularmente, el artículo 10, b) dispone que "*los menores procesados estarán separados de los adultos y deberán ser llevados ante los tribunales de justicia con la mayor celeridad posible para su enjuiciamiento*. El artículo 3 establece que *"los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica*".

En sentido similar al Convenio referido con anterioridad, la CADH (suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos) se muestra sensible con la condición de los internos menores, disponiendo la necesidad de separar a los jóvenes procesados de los adultos, así como la conveniencia de llevarlos ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento (artículo 5.5).

El artículo 37 (1) de la Convención sobre los Derechos del Niño considera que "*Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la Ley y se utilizará tan sólo*

como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda; Todo niño privado de libertad será tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales; Todo niño privado de libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción".

Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de justicia de menores aconseja la aplicación de la prisión preventiva como último recurso y durante el más breve plazo posible. Sera preferible, siempre que ello sea posible, la adopción de medidas sustitutorias de la prisión provisional como la supervisión estricta, la custodia permanente, la asignación a una familia o el traslado a un hogar o a una institución educativa (regla 13).

En aquellos casos en que la aplicación de la prisión preventiva sea inevitable, los menores privados de libertad gozarán de todos los derechos y garantías previstos en las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos aprobados por las Naciones Unidas. Mientras se encuentren bajo custodia, los menores recibirán cuidados, protección y toda la asistencia —social, educacional, profesional, psicológica, médica y física— que requieran, habida cuenta de su edad, sexo y características individuales (Regla 13. En sentido similar se han redactado las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la justicia de menores (artículos 19 y 21).

11.1.2.1. Problemas del internamiento de jóvenes

III. Como puede observarse en las disposiciones precedentes se trata de otro clásico criterio de separación que aparecía ya en la legislación penitenciaria del s. XIX de profundo arraigo por su vinculación a las ideas preventivas. Desde una perspectiva criminológica la separación de los jóvenes tiene una justificación material de la que carece el criterio de género. Los jóvenes se encuentran en un periodo de aprendizaje sociocultural distinto de los adultos. El orden jurídico es complejo con diferentes raíces de carácter histórico, cultural, ético o fáctico, con sus realidades económicas, sociales y políticas. Transmitir este orden en el ánimo y la voluntad de las personas es un proceso inacabado —o, mejor, recién iniciado— en los jóvenes que genera tensiones y conflictos entre el mundo real y el ideal. La manifestación delictiva entre los jóvenes suele coincidir en la mayoría de los casos con ese conflicto. En este mismo sentido, señalaba Göppinger, que, en determinadas circunstancias, conseguir un efecto educativo en el joven con medios completamente distintos a los de los adultos es más fácil, ya que el delito del joven en muchas ocasiones es expresión de dificultades de desarrollo y no de una personalidad criminal.

Por otra parte, hay una corresponsabilidad de la opinión pública que, sin embargo, no se da —o, no se da tan intensamente— frente a la delincuencia adulta. Los medios de comunicación suelen vincular la delincuencia juvenil a la falta de una adecuada política social. La extensión de la droga, la falta de empleo o la crisis de la escolaridad se ven como los factores determinantes de aquel problema. Estas circunstancias favorecen que la sociedad acepte positivamente con respecto a los jóvenes delincuentes un mayor empeño en los tratamientos alternativos a la prisión y en el desarrollo dentro de esta de programas terapéuticos. Gracias a esa "*relajación punitiva*" la separación de los jóvenes se asienta sobre principios distintos, como una "*acción educativa intensa*". Le son favorables todos los medios de atención, el establecimiento abierto, el desarrollo de cursos de formación, las actividades culturales y deportivas y, sobre todo, la actividad laboral. Las posibilidades de contacto con los padres y la familia, la garantía de un puesto de trabajo para el momento de la liberación y los establecimientos pequeños y urbanos son exigencias propias del régimen penitenciario para jóvenes.

Ahora bien, si la separación es recomendable como principio general, también debe contemplarse la posibilidad de que en ciertos casos adultos y jóvenes puedan compartir las mismas dependencias ya que aquellos pueden transmitir a estos una cierta madurez y experiencia vital muy positivas, de la que carecieron por razones familiares en su proceso de formación.

Sin embargo, en un análisis de derecho comparado, sorprende el escaso interés del legislador en alcanzar unas normas en las que se comprometa con un sistema penitenciario alternativo para jóvenes, teniendo en cuenta, que a diferencia del caso de las mujeres, los jóvenes son uno de los grupos más numeroso que forman la población penitenciaria en el mundo. No se trata solo de separar unos y otros en patios y pabellones distintos, sino emplear dicha separación para completar el proceso de individualización de la pena.

11.1.2.2. El régimen penitenciario en los establecimientos de jóvenes

El principal objetivo del tratamiento penitenciario de menores confinados en centros penitenciarios consiste en garantizar su cuidado y protección, así como su educación y formación profesional para permitirles que desempeñen un papel constructivo y productivo en la sociedad (Regla 26 [1]. Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores). Se trata de poner a su disposición recursos que refuercen su reinserción tras la salida de la prisión.

Para alcanzar estos objetivos deben programarse un conjunto de acciones que partan de la idea de que el menor infractor presenta un déficit individual y unas circunstancias estructurales negativas. En consecuencia la pena debe ser entendida como una acción educativa intensa. Pero no es solo un problema de intensidad, sino también de adaptación, por lo que los criterios de planificación, separación y tratamiento de los adultos no pueden ser reproducidos burocráticamente en los centros de jóvenes.

Las peculiares circunstancias que rodean al menor privado de libertad merece una especial atención en lo que atañe a sus necesidades y problemas personales, sin que, en ningún caso, se justifique dispensar un menor cuidado, protección, asistencia, tratamiento y capacitación que el delincuente joven, garantizándose un tratamiento equitativo (Regla 26 [4]).

Como principal pretensión se fomenta la cooperación entre los ministerios y los departamentos para otorgar al menor interno una formación académica o, según proceda, profesional adecuada, con la finalidad de garantizar que al salir no se encuentre en desventaja en el plano de la educación (Regla 26 [6]). La formación debe procurar tener un carácter integral para dotar al individuo de unos conocimientos y herramientas fundamentales para la adaptación a la sociedad, sin olvidar la formación para el ocio y el fomento de los contactos con el exterior orientado a esos mismos fines.

Finalmente, en aras de facilitar la reintegración y resocialización de los menores a la sociedad, y satisfacer las diversas necesidades de aquéllos específicas a su edad, se procurará establecer sistemas intermedios como establecimientos de transición, hogares educativos, centros de capacitación diurnos y otros sistemas adecuados o pertinentes (Regla 29 [1]).

11.1.3. Los extranjeros en prisión

En los últimos tiempos el fenómeno del multiculturalismo y la globalización se ha impuesto como denominador común en las sociedades modernas, motivado por los flujos migratorios, mas intensos en determinadas regiones del mundo. Precisamente, la integración de ese colectivo de extranjeros en los países de destino va a suscitar, de un lado, numerosos problemas de convivencia y de adaptación socio-económica, sobre todo, reflejada en conflictos culturales que pueden desencadenar, incluso, drásticas reacciones como el racismo y la xenofobia. Por otro lado, este encuentro cultural conlleva un conflicto axiológico entre los diversos intereses de ambos grupos, el nacional, hegemónico y el extranjero, minoritario. Singularmente, es en el ámbito penal donde se van a suscitar los conflictos más destacados en ese proceso de convivencia multicultural, característico de nuestra época. Así, la inmigración de colectivos procedentes de países con diferentes coordenadas culturales, provoca problemas de "*acomodo*" entre dos extremos equidistantes e incompatibles. Y, es que, si algunas de esas cuestiones se pueden resolver desde el plano de la tolerancia, hay otras que exceden el ámbito de lo tolerable y demandan, necesariamente, la respuesta del Derecho Penal. En este contexto se hace difícil combinar tal respeto a la diversidad cultural y a la diferencia con el rechazo expreso y claro de ciertas prácticas. En definitiva, la reivindicación de la pluralidad cultural no debe conllevar, necesariamente, la aceptación de todas las prácticas o tradiciones de una cultura, sino sólo las que sean compatibles con el principio de igualdad sustancial de todo ser humano y el ejercicio de su libertad.

Desde el punto de vista penal, el problema planteado puede ser enfocado de otra forma; una cosa es que la cultura no sirva de eximente directa con base en vulneración de la identidad (al modo de los derechos poliétnicos de Kymlicka), y otra que de forma indirecta, cierta formación y ambientes culturales conlleven una "*imposibilidad*" de percepción correcta de hechos penalmente ilícitos. Cabría entonces explorar las implicaciones desde el punto de vista de las eximentes penales.

Este fenómeno de multiculturalismo también se ha impuesto en el mundo carcelario, siendo necesario referirse a los extranjeros como grupo especialmente vulnerable de personas privadas de libertad y a las minorías étnicas, vulnerabilidad que va a residir tanto en dificultades idiomáticas como, sobre todo, en diferencias culturales. Esta particularidad ha sido contemplada en las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de las Naciones Unidas, al indicar que "*la prohibición de la discriminación (…) de ningún modo implica la falta de reconocimiento de las diferencias importantes de religión o preceptos morales*". En este contexto se ha distinguido entre la discriminación contra grupos y la diferenciación entre individuos. El primero se refiere a la imposición de perjuicios o desventaja por razones injustificables. El segundo reconoce la necesidad de tratar a los internos de forma diferenciada con el fin de tener en cuenta creencias y necesidades especiales, situaciones especiales o una condición especial de desventaja, por ejemplo, el hecho de ser un interno extranjero, una mujer reclusa o un miembro de una minoría étnica o religiosa. Debe advertirse que puede ser necesario imponer desventajas a ciertas clases de internos. Esto ocurre, por ejemplo, cuando a aquellos internos extranjeros que deben ser expulsados del país al término de su sentencia se les niega permiso para salir de prisión por el riesgo de evasión y se valora negativamente el factor de foráneo para accedar a los beneficios penitenciarios. La imposición de semejantes desventajas es admisible únicamente en la medida que sean las consecuencias necesarias de una sentencia a prisión impuesta con justicia y sujeta a una ejecución justa (Principio Básico 11).

El recluso procedente de la inmigración, especialmente de la ilegal, es penitenciariamente hablando quien sufre peores condiciones. Para ellos la condición de no nacional se traduce en una segunda marginación que se añade a la de condenado a pena de prisión. De forma sintética podemos resumir sus problemas en torno a los siguientes puntos:

- Problemas de carácter idiomáticos. Graves dificultades para comprender la organización del centro y las normas de régimen interior y, como consecuencia de ello, se ve inmerso con frecuencia en conflictos.
- Problemas de carácter cultural. Se han detectado algunos conflictos interculturales, cuando por razones de espacio ha sido necesario compartir celdas. Conflictos tales como ordenación del mobiliario o distintos niveles de exigencia higiénica.
- Problemas de carácter religioso.
- Mayores dificultades para acceder a los beneficios penitenciarios.

- Escasos contactos con el exterior.
- Nula actividad resocializadora. Las anteriores barreras dificultan su integración en programas resocializadores, que solo podrían ser atractivos para estas personas si tuvieran encuentra sus características específicas. La actividad resocializadora tiene como meta la integración positiva en la sociedad. Pero no en cualquier sociedad, sino en la sociedad donde se encuentra cumpliendo condena, de la que muy probablemente van a terminar siendo expulsados. Esta falta de expectativas de cara a su futuro personal hace que los programas de este tipo no satisfacen sus expectativas.
- Desinterés en participar en las actividades del centro por falta de incentivación.
- Alto grado de indefensión. No suelen tener asistencia letrada exterior. En un mundo, como el penitenciario, en el que son frecuentes las carencias de este tipo, el bajo nivel de comprensión y la condición de extraño, favorece su absorción fácil por las mafias carcelarias que a cambio de una colaboración incondicional cubre parte de las carencias infraestructurales.
- Todas estas circunstancias convierten a estas personas en sujetos indefensos en un mundo particularmente difícil como es el mundo penitenciario. Suelen buscar la protección en las mafias carcelarias y engrosar sus filas y su fuerza en el establecimiento.

11.1.3.1. El traslado de personas condenadas entre países

En el contexto europeo, el Convenio de Estrasburgo para el traslado de personas condenadas del Consejo de Europa (Estrasburgo, 1983) se refiere a la necesidad de cooperación internacional de los Estados de la Unión Europea en materia penal. Como principio general se reconoce que una persona condenada en el territorio de una Parte podrá ser trasladada a territorio de otra parte para cumplir la condena, adoptando una serie de condiciones. En primer lugar, en virtud del principio de reciprocidad, la acción u omisión que ha motivado la condena deber ser típica asimismo en el país de cumplimiento de la condena. En segundo lugar, el condenado ha de ser nacional del Estado de cumplimiento. En tercer lugar, la sentencia donde se impone la condena ha de ser firme. En cuarto lugar, la duración de la condena que el condenado le quede por cumplir deberá revestir una duración mínima de seis meses al tiempo de la petición. En quinto lugar, se requiere el consentimiento del condenado o, en su caso, su representante legal (caso de no mediar el consentimiento, el traslado no es viable). Finalmente, debe existir un acuerdo entre los Estados emisor y destinatario.

En este contexto es preciso tener en cuenta la Decisión Marco 2008/909/JAI del Consejo de la Unión Europea de 27 de noviembre de 2008, sobre reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal, a efectos de su ejecución, que, excepcionalmente, y en contraposición a lo manifestado con anterioridad, admite que el traslado pueda efectuarse sin el consentimiento del penado, dándole solo audiencia para conocer su opinión.

11.1.3.2. La expulsión del territorio nacional. Prisiones internacionales

En primer lugar, es preciso realizar una aproximación al concepto de "*expulsión*", que es una medida de seguridad no privativa de libertad, cuyo fundamento político-criminal reside en discutibles criterios utilitaristas, y de política criminal que debe ser aplicada restrictivamente, analizando cada caso individualmente.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en reiterada jurisprudencia ha considerado que para proceder a la expulsión es requisito sine qua non un examen individualizado, con alegaciones y, en su caso, prueba, para resolver fundadamente. Valga de cita la sentencia de 18 febrero 1991, caso Moustaquim vs.Bélgica, declarándose contraria a Convenio Europeo de Derechos Humanos la expulsión acordada en virtud de numerosos delitos, al constatarse que vivía desde los dos años en el país del que era expulsado y carecía de todo arraigo o vínculo en su país de origen. En opinión del alto Tribunal, la medida se presentaba desproporcionada, en virtud de lo dispuesto en el artículo 8 del Convenio, primando el derecho a la vida familiar sobre las exigencias de orden público. Se estimó que el derecho a la vida familiar garantizado en el artículo 8 del Convenio no podía ceder ante exigencias de mero orden público, lo que convertía la medida en desproporcionada. Con mayor razón, habrá de mantenerse la exigencia si se trata del derecho de familia, una de cuyas manifestaciones —tal vez la esencial— es "*vivir juntos*" —SSTEDH de 24 de Marzo de 1988, Olssen vs. Suecia, 9 de Junio de 1998, Bronda vs. Italia, entre otras, vida común que queda totalmente cercenada con la expulsión.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A [XXII], de 16 de diciembre de 1966) reconoce la expulsión como una medida excepcional, y de aplicación individualizada, al declarar que el extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas (artículo 13).

Las políticas migratorias suelen ser coincidentes en aplicar el criterio de que los extranjeros con responsabilidad penal deben ser expulsados. Los matices no están tanto en la expulsión, sino en el momento que se aplica, pero es inexorable. Asi las cosas es conveniente que para esta población penitenciaria extranjera se arbitren soluciones mas racionales que permitan el cumplimiento en centros ubicados en el país de origen, que ocasionalmente, pueden estar bajo la supervisión de organismos internacionales y que promueva actividades de reisnerción social en su propio país, a la vez que aseguren el cumplimiento de la condena.

11.1.3.3. Derechos específicos de los extranjeros en prisión

Conforme con las Reglas Mínimas para el Tratamiento del Recluso, los internos de nacionalidad extranjera gozarán de facilidades adecuadas para comunicarse con sus representantes diplomáticos y consulares. Asimismo, los internos que sean nacionales de Estados que no tengan representación diplomática ni consular en el país, así como los refugiados y apátridas, gozarán de las mismas facilidades para dirigirse al representante diplomático del Estado encargado de sus intereses o a cualquier autoridad nacional o internacional que tenga la misión de protegerlos (artículo 38.1).

Es muy importante que este colectivo esté permanentemente informado de las posibilidades de ser trasladado a su país para continuar el cumplimiento de la condena. Tambien debe prestársele especial atención en sus necesidades de contar con una asistencia jurídica. Por otro lado, la legislaciones nacionales deben contemplar calendarios específicos de visitas y contactos con el exterior, teniendo en cuenta las posibilidades de desplazamiento de sus familiares.

11.1.4. Otros grupos vulnerables

11.1.4.1. Personas con discapacidad

Bajo este epígrafe se hacen mención a aquellas personas privadas de libertad que sufren algún tipo de discapacidad, singularmente internos alienados y enfermos mentales, pero tabien, por ejemplo, personas con problemas de psicomotricidad o de invidencia, grupos menos atendidos aun que aquellos.

En primer lugar, las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos contienen una sección específica referida a los servicios médicos, donde se prescribe la necesidad de que todo establecimiento penitenciario disponga por lo menos de los servicios de un médico cualificado, con algunos conocimientos psiquiátricos. Los servicios médicos deberán organizarse estrechamente vinculados con la administración general del servicio sanitario de la comunidad de la nación, comprendiendo un servicio psiquiátrico para el diagnóstico y, en su caso fuere necesario, el tratamiento de los casos de enfermedades mentales. En tales circunstancias, se dispondrá el traslado de los enfermos cuyo estado requiera cuidados especiales, a establecimientos penitenciarios especializados o a hospitales civiles. Finalmente, si el establecimiento penitenciario dispone de servicios internos de hospital, éstos deberán estar provistos del material, instrumental y de los productos farmacéuticos necesarios para proporcionar a los internos enfermos los cuidados y el tratamiento adecuado (Regla 22.1).

En las Reglas aplicables a categorías especiales de condenados, los principios rectores que definen el espíritu conforme al cual deben administrarse los sistemas penitenciarios y los objetivos hacia los cuales deben tender, establecen que en el tratamiento no se deberá recalcar el hecho de la exclusión de los internos de la

sociedad, sino, antes al contrario, el hecho de que continúan formando parte de aquélla. Con esa pretensión, los servicios médicos del establecimiento se esforzarán por descubrir y deberán tratar todas las deficiencias o enfermedades físicas o mentales que constituyen un obstáculo para la readaptación del interno, debiendo aplicarse cualquier tratamiento médico, quirúrgico y psiquiátrico que se juzgue necesaria (Regla 62).

Conforme a tales desiderátum, los alienados no deberán ser recluidos en prisiones, adoptando aquellas disposiciones necesarias para trasladarlos lo antes posible a establecimientos para enfermos mentales. En esta misma línea, los internos que sufran otras enfermedades o anomalías mentales deberán ser observados y tratados en instituciones especializadas dirigidas por médicos. Durante la permanencia de aquellos en la prisión se deberá asegurar no sólo su tratamiento psiquiátrico, sino también el de todos los demás internos que precisen de ese tratamiento (Regla 82).

De otro lado, las Reglas Penitenciarias Europeas de 11 de enero de 2006 se refieren a los internos con patología psiquiátrica en la nº 26, estableciendo que, para los internos con patología psiquiátrica no grave internados en prisión, cada establecimiento penitenciario debe disponer de un servicio psiquiátrico para el diagnóstico, y, si ha lugar, el tratamiento de los enfermos mentales. La regla n.º 47 determina que una institución o una sección especial (del establecimiento) debe funcionar bajo control médico y tiene que estar dotada para la observación y tratamiento de los internos que sufren afecciones o perturbaciones mentales que no resulten tan graves como las referidas en la regla 12, que regula los psiquiátricos penitenciarios. Igualmente, los servicios médicos en los ambientes penitenciarios deben asegurar el tratamiento psiquiátrico de todos los internos que requieran terapia y una atención especial para prevenir suicidios.

Al margen de las cuestiones señaladas, a nuestro juicio, la cuestión más controvertida que suscita el tratamiento de los internos con enfermedades mentales pivota sobre la conveniencia de aplicar una medida de seguridad en lugar de una pena, al tratarse de sujetos que carecen de la capacidad de culpabilidad, siendo inimputables. Es más, en aquellos casos de internos que padezcan enfermedades mentales, resultará más adecuado su ingreso en un centro para enfermos mentales, que su permanencia en un establecimiento penitenciario.

11.1.4.2. Los ancianos en prisión

Las personas de avanzada edad encarceladas en centros penitenciarios van a un doble padecimiento durante la encarcelación, tanto por la separación de sus familiares, que, en ocasiones pueden, incluso llegar a perder el contacto definitivo con aquéllos, como por su deterioro físico y mental, sobre todo en los casos de internos condenados a penas privativas de libertad de larga duración o cadena perpetua.

En estos casos particulares, en contradicción con el objetivo pretendido por el tratamiento penitenciario, la resocialización del anciano privado de libertad va a resultar una pretensión irrealizable, si tenemos en cuenta que una vez cumplida su condena y satisfecha la deuda contraída con la sociedad, las posibilidades de encontrar un trabajo son prácticamente nulas.

Las particulares condiciones que rodean a este grupo van a requerir de la selección de un personal especializado en los establecimientos penitenciarios (médicos, psicólogos, trabajadores sociales) preparados para atender las necesidades específicas de los ancianos, adoptando las medidas adecuadas para posibilitar la reinserción.

En el plano internacional, el principio 5 (2) del Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión considera que "*Las medidas que se apliquen con arreglo a la ley y que tiendan a proteger exclusivamente los derechos y la condición especial (…) de las personas de edad (…) no se considerarán discriminatorias*". Del mismo modo, la regla 8 de las Reglas mínimas para el tratamiento de los internos contempla una segregación de los internos que deberán ser alojados en diferentes establecimientos penitenciarios, atendiendo entre otros criterios a la edad de los mismos: "*Los reclusos pertenecientes a categorías diversas deberán ser alojados en establecimientos o en diferentes secciones dentro de los establecimientos, según su sexo, edad (…)".*

11.1.4.3. Minorías sexuales. Transexuales

Los Pactos Internacionales protectores de los derechos de las personas privadas de libertad y otros Convenios multilaterales establecen la obligación por parte de los Estados de tratar a los internos como personas, respetando todos los derechos que les son inherentes, y sin practicar ningún tipo de discriminación por razón de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social (v.gr. artículo 2 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

No obstante esa proscripción general de discriminación por razón de sexo, las personas privadas de libertad que sean transexuales, esto es, su apariencia externa no coincida con el sexo que se indica en su documento de identidad, van a requerir un tratamiento especializado con respecto a su clasificación y, sobre todo, el módulo al que sean destinados.

Ante esta peculiar circunstancia, ¿debe destinarse al transexual a un módulo masculino o femenino? ¿Existen normas internacionales que hayan abordado esta cuestión?

En primer lugar, respondiendo al primer interrogante planteado, el criterio que se había adoptado para proceder a la clasificación del interno transexual era el de su "*identidad sexual aparente*", y no los datos de su documento de identidad/pasaporte,

atendiendo, por tanto, a sus características externas y fisiológicas. En la actualidad, discrepando de ese criterio inicial, la clasificación penitenciaria de tales internos se practica atendiendo a la llamada "*identidad psicosocial de género*" determinada por informes médicos y psicológicos, resultando ser este criterio más correcto.

En segundo lugar, con relación a la existencia de normas internacionales que aborden esta cuestión, es desalentador contemplar la ausencia de instrumentos jurídicos que regulen este aspecto en el plano internacional.

11.1.4.4. Enfermos de SIDA y enfermedades contagiosas

Como último grupo vulnerable de personas privadas de libertad, vamos a referirnos brevemente a los sujetos que padecen enfermedades contagiosas (hepatitis, tuberculosis) y aquellos otros infectados por el Virus VIH/SIDA. Las personas privadas de libertad que padecen algún tipo de enfermedad contagiosa, VIH/SIDA sufre un doble estigma, tanto por la privación de libertad que supone la cárcel, pero sobre todo por el tipo de enfermedad.

11.2. Estudio jurídico. Argentina

11.2.1. Derechos relativos a grupos vulnerables (indígenas, extranjeros, migrantes, LGTBI, discapacitados mentales, mujeres y niños lactantes, personas portadores de VIH, ancianidad)

Derechos relativos a grupos vulnerables (indígenas, extranjeros, migrantes, LGTBI, discapacitados mentales, mujeres y niños lactantes, personas portadores de VIH, ancianidad).

Hay ciertas grupos de personas que pueden considerarse vulnerables por cuestiones estructurales como el género, la salud, la extranjería, por ser provenientes de pueblos originarios, etc. (art. 1 ap. 4 y 10 de las 100 Reglas de Brasilia). A estas condiciones, además, debe sumársele la vulnerabilidad por estar privados/as de libertad.

La importancia de evaluar la real o potencial vulnerabilidad de ciertos colectivos radica en los problemas que puedan tener con relación al acceso a la justicia. En los casos que evaluaremos, el derecho debe resguardarse en mayor medida por la especial situación en la que se encuentran. Por ello, esta garantía impone a los Estados obligaciones específicas que consisten en la adopción de medidas de acción afirmativa que remuevan posibles obstáculos a dicho acceso.

Asimismo, debe considerarse especialmente la vulnerabilidad a los fines de privilegiar, para estas personas, alternativas no carcelarias (ej. prisión domiciliaria para presas con hijos).

El Ministerio Público de la Defensa ha suscripto en forma reciente el Protocolo para la implementación del Resguardo de Personas en Situación de Especial Vulnerabilidad,

que se originó a través de una iniciativa entre la Defensoría General de la Nación, la Procuración Penitenciaria y el Servicio Penitenciario Federal, en el marco de la causa —hábeas corpus— Nº 9881/10 del Juzgado Federal nº 1 de Lomas de Zamora. La causa había sido iniciada en el mes de octubre de 2010 a raíz de la presentación por parte de la Procuración Penitenciaria de un habeas corpus correctivo colectivo por el aislamiento prolongado al que eran sometidos los detenidos con medida de resguardo de la integridad física.

Entre sus disposiciones el Protocolo prevé cinco modalidades de resguardo 1) alojamiento en un pabellón para internos con resguardo, 2) exámenes médicos periódicos, 3) custodia especial, 4) registro permanente de todos los agentes que mantengan contacto con el detenido resguardado y 5) medios electrónicos; a la vez que prohíbe el encierro en celda individual de personas más allá de los supuestos previstos en la ley, es decir, en casos en que no hayan sido objeto de una resolución del Director del establecimiento que le imponga un sanción disciplinaria, en virtud del art. 87 de la Ley de Ejecución Penal o que disponga la separación provisional del detenido, conforme lo previsto en el art. 82 de la LEP y en los arts.35, 36, y 37 del Reglamento de Disciplina para los internos. Asimismo se consagra la prohibición de la aplicación de *"regímenes de aislamiento colectivo y/o uso de sectorizado de los espacios comunes de pabellón".*

Del análisis de los principales factores de vulnerabilidad de las personas privadas de libertad pueden ser analizadas las siguientes cuestiones:

11.2.1.1. Extranjeros (expulsión administrativa y judicial, falta de redes)

La vulnerabilidad de los/as presos/as extranjeros radica no sólo en la lejanía en que pueden encontrarse sus familiares y/o allegados, sino también en las diferencias culturales y especiales necesidades que puedan tener con relación al resto de la población penitenciaria.

Asamblea General de Naciones Unidas, Resolución 40/144: Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven

- La protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales establecidos en los instrumentos internacionales debe garantizarse también para los individuos que no son nacionales del país en que viven.

La comunicación entre la población presa y el afuera es difícil, y en los casos de presos/as extranjeros esto puede complejizarse; por ello es fundamental facilitar los mecanismos de acceso y contacto con las autoridades diplomáticas o consulares de nacionalidad del/de la detenido/a.

Por otro lado, los/as presos/as extranjeros/as pueden sufrir mayores instancias de discriminación no sólo entre la población penitenciaria sino también entre los operadores penitenciarios por su lejanía cultural; por ello resulta central mejorar el conocimiento entre el personal de los centros penitenciarios sobre los derechos específicos que gozan los/as extranjeros/as.

A las personas extranjeras privadas de libertad se les debe garantizar el derecho a la información y acceso efectivo a asistencia consular, reconocido en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (art. 36 1.b). Así, tienen derecho a comunicarse libremente con los funcionarios consulares y a recibir visitas de ellos.

Normativa internacional de protección a detenido/as extranjero/as
Principio 16, Cuerpo de Principios para la Protección de Toda Persona bajo Cualquier Forma de Detención o Encarcelamiento. Regla 38, Normas Mínimas. Estándares para el trato de Prisioneros. Regla 38.2. Art. 13 PIDCyP.

Convención de Viena sobre Relaciones consulares (art. 36.1)
Con el fin de facilitar el ejercicio de las funciones consulares relacionadas con los nacionales del Estado que envía:

a) los funcionarios consulares podrán comunicarse libremente con los nacionales del Estado que envía y visitarlos. Los nacionales del Estado que envía deberán tener la misma libertad de comunicarse con los funcionarios consulares de ese Estado y de visitarlos;
b) si el interesado lo solicita, las autoridades competentes del Estado Receptor deberán informar sin retraso alguno a la oficina consular competente en ese Estado cuando, en su circunscripción, un nacional del Estado que envía sea arrestado de cualquier forma, detenido o puesto en prisión preventiva. Cualquier comunicación dirigida a la oficina consular por la persona arrestada, detenida o puesta en prisión preventiva, le será asimismo transmitida sin demora por dichas autoridades, las cuales habrán de informar sin dilación a la persona interesada acerca de los derechos que se le reconocen en este apartado;
c) los funcionarios consulares tendrán derecho a visitar al nacional del Estado que envía que se halle arrestado, detenido o en prisión preventiva, a conversar con él y a organizar su defensa ante los tribunales.

Asimismo, tendrán derecho a visitar a todo nacional del Estado que envía que, en su circunscripción, se halle arrestado, detenido o preso en cumplimiento de una senten-

cia. Sin embargo, los funcionarios consulares se abstendrán de intervenir en favor del nacional detenido cuando éste se oponga expresamente a ello.

Asimismo, la barrera idiomática puede constituir un escollo al momento de trasmitir los derechos del/a preso/a extranjero o impartir las obligaciones dentro del penal; ante esto, es importante que las autoridades de los centros penitenciarios puedan trasmitir la información en un lenguaje que lo/as detenido/as entiendan. Lo mismo aplica en lo que respecta al acceso a la defensa, los mecanismos de quejas y la asistencia psicológica. También se les debe permitir usar su propio lenguaje durante las visitas a prisión y en su correspondencia.

La libertad de culto y de religión es un derecho fundamental. Ante ello, muchos preso/as extranjero/as pueden profesar religiones que requieran de prácticas específicas, vestimentas especiales, alimentación determinada, y todo ello debe ser respetado por los centros de detención, quienes además deberían contar con espacios específicos para desarrollar estas prácticas.

Expulsión de extranjeros

La cotidianeidad carcelaria, nos demuestra que en muchas situaciones los extranjeros alojados en cárceles argentinas son expulsados o extraditados del territorio. Ese mecanismo consiste en:

1. La expulsión es una sanción de carácter exclusivamente migratorio (administrativa) que se basa en el incumplimiento de los requisitos de admisión y permanencia de los/as extranjeros/as en este país. Se produce a la mitad de la condena cuando es consentida por el/la condenado/a o si queda firma la resolución migratoria y su homologación judicial. También puede ordenarse al vencimiento de la condena cuando la pena supera los cinco (5) años de prisión. Por otra parte, se debe manifestar que en algunas circunstancias es el mismo extranjero quien no quiere ser expulsado por diferentes razones. En esos casos, la resolución administrativa-migratoria, puede y debe ser apelada.
2. La extradición es un procedimiento judicial mediante el cual un país entrega a un sujeto para que sea juzgado o cumpla una condena por un delito cometido en el país requirente, o tratándose de delitos de lesa humanidad, por el primer país que decida someterlo a juicio.

Puede originarse a partir de dos situaciones:

a) Que el/la imputado/a haya cometido un delito en el extranjero y se encuentre en Argentina, en donde el país extranjero solicitará a la Argentina la extradición (la que se concederá si se cumplimentan ciertos requisitos previstos en Tratados de cooperación entre los Estados o, en caso de no haber convenio entre países, en lo dispuesto en la Ley de Cooperación Internacional, N° 24.767).

b) La otra situación es que el/la imputado/a sea extranjero/a y haya cometido un delito en Argentina. En este caso, la extradición opera a solicitud del/la imputado/a de ser juzgado en su país de origen. En el caso de un/a argentino/a que cometa delito en país extranjero, puede solicitar ser juzgado aquí.

La solicitud de extradición se realiza por vía diplomática, a través del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto, quien dictaminará si procede el pedido. En estos casos, le dará trámite judicial vía el Ministerio Público Fiscal.

Además de ello, la persona condenada en Argentina, y que sea de otra nacionalidad, tiene el derecho a solicitar el extrañamiento. Esto significa que al cumplir de manera efectiva la mitad de la condena, esa persona puede ser extrañada, deportada, expulsada, a su país de origen. Entendemos que ello es un derecho del interno –no una imposición estatal-, y por ende puede ser requerida judicialmente tanto por él como por su defensor técnico. Uno de los puntos centrales a la hora de solicitar este instituto, es que el extrañamiento es el vehículo para lograr la reinserción social del mismo ya que es claro que la mejor manera de llegar a dicha finalidad, es mantener una relación estrecha con su familia, la que en este caso, obviamente, se encuentra a mucha distancia del interno. La resolución de la autoridad migratoria que ordena la expulsión, puede ser recurrida judicialmente, por ese motivo, es imprescindible que la misma sea notificada tanto al interno como a su abogado defensor. Una vez resuelta la instancia administrativa, se debe ordenar en el expediente penal el agotamiento de la pena. Sin embargo, vale aclarar también que una vez expulsada, esa persona no podrá volver a ingresar al territorio nacional.

El organismo encargado de realizar la expulsión y/o extrañamiento es la Dirección Nacional de Migraciones; la extradición la realiza la Dirección Nacional de Asuntos Internacionales del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Tal como lo sostuvimos, el extrañamiento es un derecho del interno y como tal, éste puede oponerse a la decisión administrativa. Los motivos de esa oposición radican en:

1. Estar casado/a con un/a argentino/a.
2. Tener hijo/as argentino/as reconocidos legalmente.
3. Embarazo avanzado de la mujer y que no se encuentre en condiciones médicas de realizar un traslado.

Por otra parte, suele preguntarse si en aquellas situaciones en que se trata de una mujer extranjera detenida, el extrañamiento de la madre conlleva el del hijo también. Ante tal situación, es claro que los menores alojados con sus madres en las unidades federales se van con ellas, pero en ese caso, el carácter en que lo hacen no es de expulsado y por tal motivo no rige prohibición de reingreso. El costo económico de su pasaje también corre por cuenta de las autoridades y/o empresas de transporte internacional.

Hay que tener en cuenta que si los menores están reconocidos legalmente por el padre, se deberá obtener autorización legal del mismo para salir de territorio nacional.

Específicamente, respecto a las mujeres detenidas de nacionalidad extranjera, debe tenerse especial consideración de lo dispuesto por la Regla 53 de Bangkok[139].

Estándares de la Corte IDH

Respecto al derecho a la información y comunicación que tiene el detenido y la detenida extranjera con su representante consular, la Corte Interamericana de DDHH emitió la Opinión Consultiva OC-16/99 del 1/10/99.

Allí concretamente, entre otras puntos se dijo que *"… el deber de notificar al extranjero detenido sobre su derecho al acceso consular está vinculado con una serie de garantías fundamentales que son necesarias para asegurar trato humano y juicio imparcial, pues los funcionarios consulares desarrollan importantes funciones de verificación y protección, cuyo cumplimiento fue el motivo de la incorporación del art. 36 en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares."*

Además de ello, la CIDH también se ha expedido sobre el tema, en el sentido de la igualdad de trato a la que deben ser sometido las personas detenidas extranjeras, respecto de los detenidos nacionales. Tal situación se patentiza en el Informe 64/12 Caso 12.271 Fondo "Benito Tide Mendez y Otros República Dominicana. Asistencia Consular y debido proceso legal" del 29 de marzo de 2012, que refería a expulsiones colectivas.

También ha sido materia de opinión del Comité de Derechos Humanos "Observación General Nº 15, del 27º período de sesiones U. N. Doc. HR I/GEN/1/rev. 7 1986 al referirse al trato digno hacia los extranjeros detenidos.

Normativa nacional

En lo que atañe a la normativa nacional, resultan de aplicación para nuestro país la Ley 25.871, de Migraciones, la Ley 24.767 de Cooperación Internacional en Materia Penal, y la Ley 26.472, de Detención Domiciliaria.

139. "*1. Cuando existan acuerdos bilaterales o multilaterales pertinentes, se estudiará la posibilidad de trasladar lo antes posible a las reclusas extranjeras no residentes a su país de origen, en particular si tienen hijos en él, y cuando ellas lo soliciten o consientan informadamente en ello.*
2. En caso de que se deba retirar de la prisión a un niño que viva con una reclusa extranjera no residente, se deberá considerar la posibilidad de reubicar a ese niño en su país de origen, teniendo en cuenta su interés superior y en consulta con la madre".

Con relación a la LEP, resultan especialmente de aplicación los arts. 158 y 159[140]. Específicamente el art. 159 garantiza a los internos el derecho a comunicarse con sus representantes consulares.

Jurisprudencia Nacional

La Cámara Nacional de Casación Penal, Sala I, con fecha: 28/02/2005, en autos "Chukura O'Kasili, Nicholas" ha sostenido: *"… la norma bajo estudio no trae aparejada desigualdad alguna en cuanto al derecho de resocialización que le asisten a ambos tipos de condenados (arts. 75, inc. 22, C.N., 6° de la C.A.D.H., 10.3 del P.I.D.C y P. y 1° de la ley 24.660). Todo lo contrario, ella lo que persigue es hacer cierto ese derecho, y en pos de ello es que propugna que el extranjero sea devuelto a la sociedad que le es afín." "…sólo será pasible de aplicación… (la doctrina que propone la revocación del acto por conculcar el principio de igualdad ante la ley)… cuando, como hubo ocurrido en el caso del que se la extrajo, la ley restrinja al habitante extranjero algún derecho civil del que sí goza su similar de origen nacional (en dicho caso, específicamente, una ley de la Provincia de Buenos Aires, impedía a los extranjeros ejercer la docencia en carácter de titular o suplente en la actividad privada, sistemática o asistemática), mas no cuando, como en el presente, a aquéllos se le acuerda un derecho que, por su condición, no le es otorgado a los nacionales."*

11.2.1.2. Mujeres y niños lactantes

La vulnerabilidad de las mujeres presas se presenta en dos dimensiones; la primera por las cuestiones de género ya presentadas en este trabajo; la segunda por los efectos de la prisionización.

Se debe tener en cuenta que las normas internacionales y nacionales que regulan las cárceles, políticas y prácticas penitenciarias fueron diseñadas tradicionalmente para los hombres. Sin embargo, en el año 2010, la Organización de las Naciones Unidas adoptó los primeros estándares internacionales específicamente relacionados con las mujeres privadas de libertad —Reglas de Bangkok—, mencionadas en el cuerpo de este libro. Estas Reglas promueven investigaciones orientadas, entre otras cuestiones, a las causas del encarcelamiento de mujeres, a las particularidades de las mujeres en prisión y al impacto que ello provoca en sus hijo/as. Las Reglas deben ser analizadas de forma conjunta con las Reglas de Tokio, las cuales continúan brindando protección a todas las personas en prisión, independientemente de su género.

140. "ARTICULO 158. — El interno tiene derecho a comunicarse periódicamente, en forma oral o escrita, con su familia, amigos, allegados, curadores y abogados, así como con representantes de organismos oficiales e instituciones privadas con personería jurídica que se interesen por su reinserción social.
En todos los casos se respetará la privacidad de esas comunicaciones, sin otras restricciones que las dispuestas por juez competente.
ARTICULO 159. — Los internos de nacionalidad extranjera, gozarán de facilidades para comunicarse con sus representantes diplomáticos y consulares acreditados.
Los internos nacionales de Estados sin representación diplomática o consular en el país, los refugiados y los apátridas, tendrán las mismas posibilidades para dirigirse al representante diplomático del Estado encargado de sus intereses en el país o a cualquier autoridad nacional o internacional que tenga la misión de protegerlos".

Por otro lado, en atención a que la violencia contra la mujer representa las relaciones de poder históricamente sostenidas entre hombres y mujeres, en el espacio carcelario no sólo se reproducen sino que se ven intensificadas, por lo cual deben activarse mecanismos para evitar perpetuar estos esquemas de discriminación.

La mujer presa en su rol de madre

Toda mujer presa, al momento de su ingreso, debería ser examinada para corroborar ETS (enfermedades de trasmisión sexual); si se comprueba que padecen este tipo de enfermedades, se les debe brindar (intra o extramuros) un tratamiento adecuado con consentimiento informado. Sin perjuicio de esto, todas las presas, infectadas o no, deben recibir consejos relacionados con las ETS y VIH.

Durante las revisiones médicas o mientras reciben un tratamiento específico, las mujeres presas no deben llevar esposas o grilletes. Si tienen un historial de violencias sostenidas, se deberá utilizar cualquier otro método de seguridad antes de optar por las restricciones físicas.

Una mujer embarazada debe ser enviada a prisión únicamente y de manera excepcional cuando el juez ha excluido, por motivos fundados, medidas alternativas a la misma. En este caso, al momento de su ingreso al penal debe ser examinada para corroborar el estado del embarazo y posibles problemas que puedan detectarse.

Comentario General 28 del Comité de Derechos Humanos: Las mujeres embarazadas que estén privadas de libertad deben ser objeto de un trato humano y debe respetarse su dignidad inherente en todo momento y en particular durante el alumbramiento y el cuidado de sus hijos recién nacidos. Los Estados Partes deben indicar qué servicios tienen para garantizar lo que antecede y qué formas de atención médica y de salud ofrecen a esas madres y a sus hijos.

La Regla de Bangkok Nº 64 establece que *"cuando sea posible y apropiado se preferirá imponer sentencias no privativas de la libertad a las embarazadas y las mujeres que tengan niños a cargo".*

De optarse por la privación de libertad, el penal debería contar con condiciones médicas y sanitarias adecuadas (v. gr. Médicos/as ginecólogos/as y obstetras), disponiendo el traslado de la presa al hospital de su confianza las veces que sea necesario para sus controles prenatales, posnatales y obviamente para el momento del parto. Esta observación aplica también en casos en que las mujeres presas deben realizarse tratamientos especiales por enfermedades adquiridas con anterioridad o durante su estancia intramuros.

Las mujeres embarazadas deben, además, recibir una dieta nutritiva, suplementos vitamínicos y en la medida de lo posible, realizar ejercicios regulares.

Al momento del parto, las mujeres deben ser trasladadas a un hospital y bajo ninguna circunstancia se debe admitir que usen grilletes, ya que eso puede representar un peligro tanto para ella como para el bebé. En el caso de que ocurra una urgencia y el niño o niña nazca en el penal, esto no podrá mencionarse en la partida de nacimiento.

Después del nacimiento, la mujer y el niño o niña deben volver al penal una vez que reciban el alta médica, donde regresarán a un pabellón en condiciones higiénicas adecuadas para un recién nacido.

Por otra parte, existe la recomendación General 24 del Comité de la CEDAW, allí se reafirma que el acceso a la atención de la salud, incluida la salud reproductiva, es un derecho básico previsto en la convención (párr. 1) y que es discriminatorio que un Estado parte se rehúse a proveer ciertos servicios reproductivos para la mujer (párr. 11). Dicho comentario también indica que los Estados partes deben considerar *"factores biológicos"* que difieren en la mujer en comparación con los hombres, tales como el ciclo menstrual, la función reproductiva y la menopausia (párr. 12).

Se destacó que las condiciones sanitarias para mujeres en período de menstruación, tanto como los riesgos a la salud para mujeres lactantes y embarazadas, pueden constituir violaciones a los derechos de la mujer. Además, todo lo relativo a la privación de la libertad de mujeres con sus hijos menores de edad, ha merecido un tratamiento específico en el capítulo 8 al referirse a una de las causales de la prisión domiciliaria y al que nos remitimos en honor a la brevedad.

Sin embargo, no podemos dejar de citar normas específicas de la privación de libertad de mujeres. En efecto, la Reglas 4 y 26 de Bangkok, reiteramos vigente y de aplicación en nuestro país, establecen que *"serán enviadas, en la medida de lo posible, a centros de reclusión cercanos a su hogar o sus centros de rehabilitación social, teniendo presentes sus responsabilidades de cuidado de otras personas (…)".* Además, la Regla N° 26 establece que los Estados deben desarrollar políticas y estrategias para facilitar y mejorar el contacto de las reclusas con sus familiares e hijos.

En aquellos casos en que, por haberse denegado la prisión domiciliaria, la madre tenga que estar alojada en un centro penitenciario junto con su hijo, existen los denominados Programas de Cohabitación que se refieren a los programas específicos en que los niños pueden estar un tiempo con su madre en el penal

Normativa internacional que alude a la mujer privada de la libertad desde una pespectiva de reconocimiento de sus derechos

Como ya se señaló, la normativa señera en esta temática son las Reglas de Bangkok, específicamente las Nº 2, 7, 33, 42, 48, 49, 50 y 51 entre otras. El art. 2 de la CEDAW, específicamente en relación a las acciones y medidas políticas concretas que todo Estado debe realizar tendientes a la no discriminación de la mujer, respecto del varón.

También el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políiticos en su art. 10. Por otra parte, el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente, realizado en la ciudad de La Habana, 27 de agosto - 7 de septiembre de 1990: se presentó un informe preparado por la Secretaría, Documento ONU A/Conf. 144/ 28, Rev. 1, Cap. C, Resolución 19, (c) 5 (f); allí se puso de manifiesto que el uso del encarcelamiento para ciertas categorías de delincuentes, tales como mujeres embarazadas o madres de bebés o de niños pequeños, debe ser restrictiva y debe hacerse un esfuerzo especial para evitar que se extienda el uso del encarcelamiento como sanción para estas categorías.

Normativa y jurisprudencia nacional

En nuestra legislación local, la ley 24.660 contiene los arts. 190 a 196 en los cuales se establecen las particularidades que deben tener los establecimientos para mujeres, los especiales cuidados que deben tener las mujeres presas embarazadas, y la facultad de las mujeres madres de niño/as de estar con ellos dentro de la prisión hasta que lo/as mismo/as cumplan 4 años. Asimismo, y tal como lo sostuviéramos en el capítulo de sanciones, se debe decir que se prohíbe ejecutar corrección disciplinaria alguna sobre la mujer embarazada o con hijo lactante (art. 194).

La jurisprudencia nacional también se ha expresado en otros fallos y que a continuación se mencionan, a los que nos remitimos en honor a la brevedad: (C.N.C.P., Sala III, E., A. K. s/rec. de casación, rta. 27/11/2006); (C.N.C.P., Sala IV, D., E. E. s/rec. de casación, rta. 02/06/2008); (C.Fed. Mendoza, Sala B, L.,M s/prisión domiciliaria, rta. 19/09/2008).

11.2.1.3. Indígenas

La población indígena puede ser considerada como parte integrante de un grupo minoritario, entendido éste como un colectivo más pequeño en relación con el resto de la población de un Estado cuyos miembros, al ser nacionales de ese Estado, comparten características étnicas, religiosas o lingüísticas diferentes a las de la mayoría de la población. En este contexto, las poblaciones indígenas están determinadas a trasmitir al futuro sus tradiciones e identidades étnicas.

En casos en que la población indígena se encuentre detenida, pueden operar patrones similares de discriminación a los que suceden con los extranjeros: desde el desarrollo del proceso penal puede resultar estigmatizante, hasta la vida en prisión (tanto por parte de los/as presos/as como del personal penitenciario) puede determinar constantes persecuciones y vejaciones.

Un punto central, al igual que con el resto de los integrantes del colectivo vulnerable, es garantizar el acceso a la justicia.

Normativa internacional vinculada a detenido/as indígenas

Todo el bloque de normas internacionales es coincidente al establecer un especial amparo respecto a la situación de los indígenas en el país. De hecho, en esas normas se prohíbe, entre otras cosas, el trato discriminatório a ese colectivo vulnerable.

Mención especial merece la aplicación del convenio 169 de la OIT en el cual se reconoce el derecho a que *"En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados ocurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros".* Concretamente, dicho convenio alude a que en las particulares circunstancias que pueden adoptar la resolución de conflictos dentro del sistema de justicia indígena, determinan que sea indispensable que los Estados logren armonizar a los mismos con sus esquemas procesales y penales, atendiendo al respeto por la diversidad cultural. Con relación a la privación de libertad el respeto implica, por ejemplo, la incorporación de la identidad indígena en los registros oficiales de ingreso dentro de las cárceles.

De todos modos, en casos de privación de libertad a personas pertenecientes a comunidades indígenas deberá priorizarse las medidas sancionatorias alternativas a la prisión. En este sentido, el art. 10 del Convenio N° 169 OIT, sobre "Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes" menciona que:

> *"1. Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales.*
>
> *2. Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento".*

La garantía por el respeto cultural de las poblaciones indígenas que se encuentren privadas de libertad contiene también el respeto por sus derechos económicos, sociales y culturales y por el mantenimiento de los lazos con la comunidad de origen. Esto último, se encuentra generalmente vulnerado por la distancia en la que se encuentra el penal y las zonas donde dichas comunidades viven.

Otra de las cuestiones que se debe atender en caso de que se opte privarlos de libertad es la de contar con un traductor de su idioma y cultura, a fin de facilitar la comunicación y el acceso al goce y disfrute de sus derechos. También deben priorizarse que las personas detenidas indígenas puedan proseguir con sus estudios o empezarlos; en estos casos, deben poder hacerlo en su propia lengua. En este marco, a los fines de orientar y fortalecer la defensa de sus derechos serán especialmente importantes las propuestas de peritajes culturales.

Para el caso de la prestación de servicios de salud, deberá tenerse en cuenta los métodos de prevención, las prácticas y los medicamentos que se utilicen.

Por último, el Art. 2, DUDH, el art. 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, también alude al respecto de los derechos del colectivo indígena o pueblos originarios.

Jurisprudencia Interamericana

En una resolución de la Corte IDH en la causa:" COMUNIDAD INDÍGENA XÁKMOK KÁSEK VS. PARAGUAY,, de fecha 24 de agosto 2010 ha hecho suya estas normativas y las ha aplicado al caso concreto. Allí se sostuvo en su argumentación que *"es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres". Además, el Tribunal ha señalado que "los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto".* Los Estados están obligados *"a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias".*

Jurisprudencia internacional

La Corte Europea de Derechos Humanos determinó:

> *"La violación de una persona detenida por un agente del Estado debe considerarse como una forma especialmente grave y aberrante de tratamiento cruel, dada la facilidad con la cual el agresor puede explotar la vulnerabilidad y el debilitamiento de la resistencia de su víctima. Además, la violación deja profundas huellas psicológicas en la víctima que no pasan con el tiempo como otras formas de violencia física y mental".*
>
> *"Los hechos aquí establecidos son particularmente graves, ya que una de las mujeres violadas era menor de edad y, en tal carácter, objeto de protección especial de la Convención Americana. Además, la violación se perpetró mientras las tres mujeres estaban detenidas ilegítimamente, pocos meses después de la rebelión armada del EZLN".*

Normativa nacional

En materia de derechos de indígenas, resulta aplicable el art. 75 inciso 17 de la CN que reconoce el derecho de los pueblos indígenas del país a una educación bilingüe e intercultural, a la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan y a la participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. También, claro está, resulta de aplicación el art. 75 inc 22 de la CN, que recoge los tratados internacionales de derechos humanos.

A su vez, el Estado argentino ha ratificado, y consagrado con jerarquía constitucional, los principales instrumentos de derechos humanos de la ONU y de la OEA, ratificado el

Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales y votado la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígena. Al respecto, la Ley 24.071, que ratifica el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, menciona la importancia de que los gobiernos asuman la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos originarios interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad.

11.2.1.4. Enfermos psiquiátricos

Para arribar al concepto de enfermos/as psiquiátricos/as debemos tomar la definición propuesta por la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que define a las mismas como aquellas que: "(…) tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que los demás".

En sentido similar, la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad, adoptada por la Asamblea General de la OEA en 1999, afirma que el término *"discapacidad"* significa una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social.

Como regla general, los/as enfermos/as mentales no deben estar en una prisión, a menos que representen un peligro o amenaza sustancial comprobable para la sociedad. En este caso, de optarse por su encarcelamiento, los Estados deben aplicar medidas especiales de protección, considerando que los efectos de la prisionización pueden agravar su condición psíquica.

Ante esto, el penal debe contar con el tratamiento médico y psiquiátrico necesario para atender los problemas concretos de esta población o, en su defecto, trasladar a las personas a centros de atención de su confianza. Esto sin olvidar la importancia de procurar que prosigan su tratamiento psiquiátrico una vez que egresen de la prisión.

La vulnerabilidad central de este colectivo radica en que pueden tener dificultad de manejar y controlar su conducta dentro de la prisión, por lo cual pueden estar sujetos también a mayores niveles de abusos por parte de otros/as presos/as como también del personal penitenciario. Por ello, es vital aislar espacialmente a este colectivo de lo/as demás preso/as, con el fin de evitar estos abusos y maltratos.

Si bien muchas personas privadas de libertad padecen antes del ingreso a la cárcel problemas psicológicos, muchos/as otros/as los desarrollan intramuros¸ por ello, es

importante activar mecanismos ágiles de acceso a la justicia a la par de tratamientos específicos y adecuados para atender estos síntomas o patologías.

Normativa internacional en materia de presos/as psiquiátricos/as
Principio II.5 Declaración de San José; Art. 13 Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; Principio 20 Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental; Principio XX.3 Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas; Reglas 82 y 83 de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos.

En tales normas se hace referencia al derecho que tienen los declarados inimputables de no ser alojados en penales, el derecho al acceso a la justicia y por ende, al acceso al derecho a la salud mental.

Sin embargo, mención especial merece el punto 20 de los principios para la protección de enfermos mentales. Allí se dijo expresamente respecto a aquellas personas que se encuentran detenidas que:

> *"1. El presente principio se aplicará a las personas que cumplen penas de prisión por delitos penales o que han sido detenidas en el transcurso de procedimientos o investigaciones penales efectuados en su contra y que, según se ha determinado o se sospecha, padecen una enfermedad mental.*
>
> *2. Todas estas personas deben recibir la mejor atención disponible en materia de salud mental, según lo estipulado en el principio 1 supra. Los presentes Principios se aplicarán en su caso en la medida más plena posible, con las contadas modificaciones y excepciones que vengan impuestas por las circunstancias. Ninguna modificación o excepción podrá menoscabar los derechos de las personas reconocidos en los instrumentos señalados en el párrafo 5 del principio 1 supra.*
>
> *3. La legislación nacional podrá autorizar a un tribunal o a otra autoridad competente para que, basándose en un dictamen médico competente e independiente, disponga que esas personas sean internadas en una institución psiquiátrica."*

Dada la especificidad que requiere esta materia, es que transcribiremos el el Principio XX.3 de los Principios y Buenas Prácticas Penitenciarias Penitenciarias, el que, en la misma línea de pensamiento y de reconocimiento de derechos, sostiene: *"En caso de aislamiento involuntario de personas con discapacidad mental se garantizará, además, que la medida sea autorizada por un médico competente; practicada de acuerdo con procedimientos oficialmente establecidos; consignada en el registro médico individual del paciente; y notificada inmediatamente a sus familiares o representantes legales. Las personas con discapacidad mental sometidas a dicha medida estarán bajo cuidado y supervisión permanente de personal médico calificado".*

Por último, las reglas 82 y 83 de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos agregan:

Regla 82

1. Los alienados no deberán ser recluidos en prisiones. Se tomarán disposiciones para trasladarlos lo antes posible a establecimientos para enfermos mentales.
2. Los reclusos que sufran otras enfermedades o anormalidades mentales deberán ser observados y tratados en instituciones especializadas dirigidas por médicos.
3. Durante su permanencia en la prisión, dichos reclusos estarán bajo la vigilancia especial de un médico.
4. El servicio médico o psiquiátrico de los establecimientos penitenciarios deberá asegurar el tratamiento psiquiátrico de todos los demás reclusos que necesiten dicho tratamiento.

Regla 83

Es deseable que se tomen medidas, de acuerdo con los organismos competentes, para asegurar que el tratamiento psiquiátrico sea continuado, si es necesario, después de ser puesto en libertad y que una asistencia social de naturaleza psiquiátrica sea asegurada.

Jurisprudencia Interamericana

Con relación al deber que tienen los Estados de proporcionar y garantizar el efectivo derecho a la salud de todas las personas, máxime cuando se trata de personas en especiales condiciones de vulnerabilidad, como las personas con padecimientos subjetivos mentales, se estableció claramente que la única finalidad del tratamiento es la de lograr —o al menos interntarlo— el bienestar del paciente.

En efecto, en el precedente "Ximenes Lopes Vs. Brasil" del año 2004, la Corte IDH sostuvo que:

> *"En relación con personas que se encuentran recibiendo atención médica, y dado que la salud es un bien público cuya protección está a cargo de los Estados, éstos tienen la obligación de prevenir que terceros interfieran indebidamente en el goce de los derechos a la vida y a la integridad personal, particularmente vulnerables cuando una persona se encuentra bajo tratamiento de salud. La Corte considera que los Estados tienen el deber de regular y fiscalizar toda la asistencia de salud prestada a las personas bajo su jurisdicción, como deber especial de protección a la vida y a la integridad personal, independientemente de si la entidad que presta tales servicios es de carácter público o privado".*
>
> *"La Corte Interamericana considera que toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo*

cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos. La Corte reitera que no basta que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como la discapacidad".

"En tal sentido, los Estados deben tomar en cuenta que los grupos de personas que viven en circunstancias adversas y con menos recursos, tales como las personas que viven en condiciones de extrema pobreza; niños y adolescentes en situación de riesgo, y poblaciones indígenas, enfrentan un incremento del riesgo para padecer discapacidades mentales, como era el caso del señor Damião Ximenes Lopes. Es directo y significativo el vínculo existente entre la discapacidad, por un lado, y la pobreza y la exclusión social, por otro. En razón de lo anterior, entre las medidas positivas a cargo de los Estados se encuentran aquellas necesarias para prevenir todas las formas de discapacidad prevenibles, y dar a las personas que padecen de discapacidades mentales el tratamiento preferencial apropiado a su condición".

"La atención de salud mental debe estar disponible a toda persona que lo necesite. Todo tratamiento de personas que padecen de discapacidades mentales debe estar dirigido al mejor interés del paciente, debe tener como objetivo preservar su dignidad y su autonomía, reducir el impacto de la enfermedad, y mejorar su calidad de vida".

"Los Estados tienen el deber de asegurar una prestación de atención médica eficaz a las personas con discapacidad mental. La anterior obligación se traduce en el deber estatal de asegurar el acceso de las personas a servicios de salud básicos; la promoción de la salud mental; la prestación de servicios de esa naturaleza que sean lo menos restrictivos posible, y la prevención de las discapacidades mentales".

"Debido a su condición psíquica y emocional, las personas que padecen de discapacidad mental son particularmente vulnerables a cualquier tratamiento de salud, y dicha vulnerabilidad se ve incrementada cuando las personas con discapacidad mental ingresan a instituciones de tratamiento psiquiátrico. Esa vulnerabilidad aumentada, se da en razón del desequilibrio de poder existente entre los pacientes y el personal médico responsable por su tratamiento, y por el alto grado de intimidad que caracterizan los tratamientos de las enfermedades psiquiátricas".

"La Corte considera que todo tratamiento de salud dirigido a personas con discapacidad mental debe tener como finalidad principal el bienestar del paciente y el respeto a su dignidad como ser humano, que se traduce en el deber de adoptar como principios orientadores del tratamiento psiquiátrico, el respeto a la intimidad y a la autonomía de las personas. El Tribunal reconoce que este último principio no es absoluto, ya que la necesidad misma del paciente puede requerir algunas veces la adopción de medidas sin contar con su consentimiento. No obstante, la discapacidad mental no debe ser entendida como una incapacidad

para determinarse, y debe aplicarse la presunción de que las personas que padecen de ese tipo de discapacidades son capaces de expresar su voluntad, la que debe ser respetada por el personal médico y las autoridades. Cuando sea comprobada la imposibilidad del enfermo para consentir, corresponderá a sus familiares, representantes legales o a la autoridad competente, emitir el consentimiento en relación con el tratamiento a ser empleado".

Normativa y Jurisprudencia Nacional.

En nuestro país, resulta de aplicación, además de los instrumentos internacionales mencionados y los contenidos por el art. 75 inc 22 CN, lo normado por el art. 186 de la LEP que literalmente prohíbe el alojamiento en los penales de las personas que padezcan enfermedad mental crónica. Precisamente, las personas que tienen algún padecimiento mental deben estar alojadas en un lugar en donde se les permita recuperarse de tal padecimiento y, como se sabe, la institución carcelaria lejos está de producir ese efecto. Por el contrario, lo que producirá en todo caso es agravar esa situación del interno. Es claro que el lugar más indicado para ellos serán las instituciones que el Estado destine a tal fin, pero nunca una cárcel.

Además de la ley 24.660 (LEP), la República Argentina ha sancionado la Ley 26.657 que regula el Derecho a la Protección de la Salud Mental, y su reglamentación a través del Decreto 603/2013. Esta Ley abarca una amplia gama de actividades directa o indirectamente relacionadas con el componente de bienestar mental incluido en la definición de salud que da la OMS: "un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades". De esta forma, la Ley se relaciona con la promoción del bienestar, la prevención de trastornos mentales y el tratamiento y rehabilitación de las personas afectadas por dichos trastornos.

Por último, la Ley Orgánica del Ministerio Público, ley 24.946, regula las funciones de los tutores y/o curadores en los arts. 58 y 59, yl faculta a estos funcionarios a velar por los intereses de todas aquellas personas que sean incapaces o inhabilitados. En dicha norma se referencia cuáles son las facultades y a ellas nos remitimos en honor a la brevedad.

Por otra parte, la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "R.M.J s/ insanía", del año 2008, es sumamente clara y allí especifica los derechos que todas las personas con padecimientos psiquiátricos o psíquicos poseen. Textualmente sostiene la Corte:

"En atención a la realidad anteriormente planteada resulta vital promover el conocimiento y protección concretos de los derechos fundamentales genéricos previstos en nuestro sistema constitucional y derivar de ellos el índice de los respectivos derechos personales particularizados a través de, por ejemplo, pronunciamientos judiciales".

"Que los principios de legalidad, razonabilidad, proporcionalidad, igualdad y tutela judicial de las condiciones de encierro forzoso, sea por penas, medidas de seguridad o meras internaciones

preventivas y cautelares de personas sin conductas delictivas con fundamento muchas veces en la peligrosidad presunta y como una instancia del tratamiento, actualmente se ven fortalecidos y consolidados en la CN(arts. 16, 17, 19, 33, 41, 43 y 75, incs. 22 y 23), instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional (art. 25, Declaración Universal de Derechos Humanos; art. XI, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; arts. 7, 8 y 25, CADH; arts. 7, 9, 10 y 14, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 12, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) y otros convenios en vigor para el Estado Nacional (Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, aprobada por ley 25.280 y en vigor desde el 14 de septiembre de 2001)".

"Que la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, en su resolución 46/119, del 17 de noviembre de 1991 (Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo sexto período de sesiones, Suplemento No. 49, p. 189, ONU Doc. A/46/49 -1991-) ha adoptado los "Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental", aplicables también a las personas que cumplen penas de prisión por delitos penales o que han sido detenidas en el transcurso de procedimientos o investigaciones penales efectuados en su contra y que, según se ha determinado o se sospecha, padecen una enfermedad mental (Principio 20.1)".

"Que dicho marco normativo tanto nacional como supranacional, permite fijar un catálogo de derechos mínimos específicos para quienes padezcan trastornos psíquicos que deben ser respetados rigurosamente. Entre ellos cabe mencionar a los siguientes: a) derecho a ser informado sobre su diagnóstico y sobre el tratamiento más adecuado y menos riesgoso, b) derecho a un examen médico practicado con arreglo a un procedimiento autorizado por el derecho nacional, c) derecho a negarse a recibir un determinado tratamiento o formatos terapéuticos, d) derecho a recibir los medios adecuados tendientes a la cura o mejoría donde las negligencias o retardos en la prestación de un tratamiento pueden restar justificación a la internación, y volverla ilegítima, e) derecho a la continuidad del tratamiento, f) derecho a la terapia farmacológica adecuada, del que se deriva que la medicación no debe ser suministrada al paciente como castigo o para conveniencia de terceros, sino para atender las necesidades de aquél y con estrictos fines terapéuticos, g) derecho a un registro preciso del proceso terapéutico y acceso a éste, h) derecho a la confidencialidad del tratamiento, incluso después del alta o la externación, i) derecho a la reinserción comunitaria como un eje de la instancia terapéutica, j) derecho al tratamiento menos represivo y limitativo posible, k) derecho a no ser discriminado por su condición".

"En virtud de lo dicho, la medida de privación de la libertad del paciente debe ser revisada judicialmente mediante procedimientos simples, expeditivos, dotados de la mayor celeridad y, si correspondiera prolongarla por razones terapéuticas, ello debe ser objeto de un minucioso control periódico jurisdiccional obligatorio de los motivos de la internación, a los efectos de estudiar si las condiciones que determinaron su reclusión se mantienen o se modificaron en el tiempo, y siempre en el marco de los principios y garantías constitucionales mencionados.

De no ser así, la internación se convierte en los hechos en una pena privativa de la libertad sin límite de duración. Incluso el codificador ha previsto que "cesando las causas que hicieron necesaria la curatela, cesa también ésta por la declaración judicial que levante la interdicción" (art. 484, Código Civil) y que "la incapacidad no se presume" (art. 3696, Código Civil)".

11.2.1.5. LGTBI

LGBTI es un acrónimo que se usa como término colectivo para referirse a las personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans (el término trans se refiere a travestis, transexuales y transgéneros) e Intersexuales.

La identidad de género es la vivencia interna e individual del género tal como se experimenta individualmente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de técnicas médicas, quirúrgicas o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales.

Las personas LGBTI conforman, por estas cuestiones, un colectivo especialmente vulnerable tanto extra como intramuros, por lo cual deben tomarse especiales previsiones en la protección y fortalecimiento de este grupo.

Rigen en este punto los Principios de Yogykarta sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género.

Toda persona privada de su libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. La orientación sexual y la identidad de género son fundamentales para la dignidad de toda persona.

Los mencionados Principios fijaron una serie de estándares internacionales relacionados con el colectivo LGBTI, entre los que encontramos:

- Los Estados asegurarán que la detención evite una mayor marginación de las personas en base a su orientación sexual o identidad de género o las exponga al riesgo de sufrir violencia, malos tratos o abusos físicos, mentales o sexuales; Proveerán a las personas detenidas de un acceso adecuado a atención médica y consejería apropiada a sus necesidades, reconociendo cualquier necesidad particular con base en su orientación sexual o identidad de género, incluso en lo que respecta a salud reproductiva, acceso a información sobre el VIH/SIDA y la terapia correspondiente, y a terapia hormonal o de otro tipo, como también a tratamientos para reasignación de género si ellas los desearan.
- Los Estados garantizarán que, en la medida que sea posible, todas las personas privadas de su libertad participen en las decisiones relativas al lugar de detención apropiado de acuerdo a su orientación sexual e identidad de género.

- Los Estados establecerán medidas de protección para todas las personas privadas de su libertad que resulten vulnerables a la violencia o los abusos por causa de su orientación sexual, identidad de género o expresión de género y asegurarán que dichas medidas no impliquen más restricciones a sus derechos de las que experimenta la población general de la prisión, en la medida en que esto pueda llevarse razonablemente a la práctica.
- Asimismo, asegurarán que las visitas conyugales, donde estén permitidas, sean otorgadas en igualdad de condiciones para todas las personas presas y detenidas, con independencia del sexo de su pareja; estipularán el monitoreo independiente de los establecimientos de detención por parte del Estado, como también de organizaciones no gubernamentales, incluyendo aquellas que trabajan en los ámbitos de la orientación sexual y la identidad de género.
- Los Estados emprenderán programas de capacitación y sensibilización dirigidos al personal penitenciario y a todos los otros funcionarios y funcionarias de los sectores público y privado involucrados en los establecimientos de detención sobre las normas internacionales de derechos humanos y los principios de igualdad y no discriminación, incluidos los referidos a la orientación sexual y la identidad de género.
- Las autoridades penitenciarias deben velar porque la comunidad LGBTI privada de su libertad pueda ejercer su sexualidad y su identidad o expresión de género en las mismas condiciones que el resto de las personas detenidas. En este contexto, cobra especial importancia la autorización del uso de un vestuario acorde a la identidad de género autopercibidas.

A su vez, este colectivo se encuentra proclive a recibir un mayor grado de violencia, física, psíquica o sexual, por parte de otro/as preso/as o por parte del personal penitenciario. En este sentido, deberían encararse los malos tratos, insultos, humillaciones y/o vejaciones que reciban con motivo de su orientación sexual como trato cruel, inhumano o degradante.

Jurisprudencia interamericana

La Corte IDH, en el precedente "Atala Riffo y niñas Vs. Chile", de fecha 24 de febrero de 2012, declaró la responsabilidad internacional de la República de Chile en atención a que ese Estado había vulnerado:

i) el derecho a la igualdad y la no discriminación consagrado en el art. 24 (igualdad ante la ley), en relación con el art. 1.1 (obligación de respeto y garantía) de la Convención Americana, en perjuicio de Karen Atala Riffo; ii) el derecho a la igualdad y la no discriminación consagrado en el art. 24 (igualdad ante la ley), en relación con los art.s 19 (derechos del niño) y 1.1. (obligación de respeto y garantía) de la Convención Americana, en perjuicio de las niñas M., V. y R.; iii) el derecho a la vida privada consagrado en el art. 11.2 (protección a la honra y a la dignidad), en relación con el art. 1.1. (obligación de respeto y garantía) de la Convención Americana, en perjuicio de Karen Atala Riffo; iv) los art.s 11.2 (protección a la honra y a la dignidad) y 17.1 (protección a la

familia), en relación con el art. 1.1 (obligación de respeto y garantía) de la Convención Americana en perjuicio de Karen Atala Riffo y de las niñas M., V. y R.; v) el derecho a ser oído consagrado en el art. 8.1 (garantías judiciales), en relación con los art.s 19 (derechos del niño) y 1.1 (obligación de respeto y garantía) de la Convención Americana en perjuicio de las niñas M., V. y R., y vi) la garantía de imparcialidad consagrada en el art. 8.1 (garantías judiciales), en relación con el art. 1.1 (obligación de respeto y garantía) de la Convención Americana, respecto a la investigación disciplinaria, en perjuicio de Karen Atala Riffo.

Vale aclarar que el caso se relaciona con el proceso de custodia o tuición que fue interpuesto ante los tribunales chilenos por el padre de las niñas M., V. y R. en contra de la señora Karen Atala Riffo, por considerar que su orientación sexual y su convivencia con una pareja del mismo sexo producirían un daño a las tres niñas.

> *"(…) la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscripta por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, puede disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual".*

Jurisprudencia Nacional

En lo que respecta a la jurisprudencia nacional, hay resoluciones que refieren al derecho que tiene toda persona a ser tratada según su identidad de género autopercibida, no pudiendo obligar a la persona a a vivir en una cárcel para hombres y denominándola con el nombre femenino junto al nombre masculino e incluso de forma indeterminada. En esa resolución se expresa que, por el contrario, la nueva ley nacional 26.743 en el art. 1 consagra el derecho de toda persona al reconocimiento y trato conforme a la identidad de género autopercibida, sin condicionarlo a la adecuación quirúrgica u hormonal del sexo u otro tratamiento psicológico o médico (cf. art. 4 último párrafo de la misma ley) e impone la interpretación de cualquier otra norma en el sentido más favorable al acceso al derecho a la identidad de género (art. 13).

La jursprudencia referida se trata de "P., L. D. (o) R. J. s/ejecución de pena privativa de libertad -Recurso de Casación-" (Expte. "P", 62/13), TSJ – Cordoba, 9/2013.

> *"De lo reseñado precedentemente, surge con claridad que el legislador nacional reconoce y protege el derecho a la identidad de género autopercibida, la que se proyecta como una potestad inherente a la persona, que va más allá de la simple facultad de solicitar la rectificación registral ante el Registro Nacional de las Personas".*
>
> *"Así, la propia ley establece que toda persona tiene derecho al libre desarrollo conforme a su identidad de género, a ser tratada y respetada de acuerdo con esa identidad. Esta tutela que*

brinda la ley, comprende necesariamente el derecho de quien, encontrándose privado de su libertad, solicita su alojamiento en un establecimiento penitenciario acorde a su vivencia interna e individual del género".

"En el caso que nos ocupa debe tenerse en cuenta que esta autopercepción -diversa al sexo dado a su nacimiento- ha involucrado la modificación de su apariencia a través de expresiones de género como la vestimenta, el modo de hablar y los modales, así como la rectificación registral del sexo y el cambio de nombre de pila e imagen, los que constan en el nuevo Documento Nacional de Identidad que ha obtenido".

"Por lo tanto, resulta necesario que el Juez encargado de controlar la ejecución de la pena, garantice a la persona que se encuentra privada de su libertad, el pleno ejercicio del derecho a un trato digno (art. 12 Ley 26.743) que incluye sin lugar a dudas, el respeto y la tutela a la identidad personal conforme a la vivencia interna de cada individuo lo que exige su alojamiento en un establecimiento penitenciario de mujeres". "El concepto de "sexo" no se refiere ya a una identidad biológica sino que debe interpretarse en el sentido amplio de identidad autopercibida (Principios de Yogyakarta ONU 2007 citado supra). De allí resulta la responsabilidad del Estado Argentino por violación de estos Principios".

"Conforme a todo lo expuesto, estimo que debe hacerse lugar a lo solicitado, debiendo ordenarse el inmediato traslado de L. D. P. a un Establecimiento Penitenciario para Mujeres".

11.2.1.6. Personas Portadoras de VIH

Un porcentaje importante de personas privadas de libertad se encuentran infectadas con HIV antes de ingresar a la prisión, y muchas otras se infectan mientras están encarceladadas. Ante esto, es importante no solo reforzar las medidas de capacitación y prevención en los operadores penitenciarios para concientizar acerca de los peligros que encierra esta enfermedad, sino también disponer de los recursos necesarios para brindar asistencia y tratamiento a lo/as preso/as que la padezcan.

Los centros penitenciarios son materia prima para las enfermedades infecciosas. Ello porque el sistema inmunológico de los privados de libertad es frecuentemente disminuido por el hacinamiento, condiciones de vida antihigiénica, una dieta inadecuada, actividad sexual sin protección, y el continuo uso de drogas.

Ante este escenario, el Estado debe proveer un ambiente higiénico y saludable, una dieta balanceada y la posibilidad de que las personas privadas de libertad puedan realizar ejercicios.

Si bien los exámenes de HIV al ingresar a una prisión o durante la permanencia en ella no deben ser obligatorios, sí deben ser ofrecidos a la población penitenciaria de forma voluntaria, con el fin de controlar y comenzar los tratamientos médicos necesarios al momento de su detección. Acompañado de esto, deben ir los tratamientos psicológicos

necesarios. Por último, un resultado positivo, sólo puede ser revelado con el consentimiento del/a preso/a.

Otra de las políticas que deberían empezar a difundirse son las de reducción de daños. En este sentido, las prácticas de tatuarse y compartir rasuradoras en prisión pueden potenciar los focos de contagio. Por ello, los centros penitenciarios deberían dirigir los controles sobre las mismas.

Normativa internacional de protección a preso/as con HIV.
Regla 9 Principios Básicos para el tratamiento de los privados de libertad; Regla 22.1, 81 de Reglas de estándares mínimos para el tratamiento de los privados de libertad; Regla 14 Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok).

Específicamente la Regla 14 de Bangkok refiere: *"Al preparar respuestas ante el VIH/SIDA en las instituciones penitenciarias, los programas y servicios deberán orientarse a las necesidades propias de las mujeres, incluida la prevención de la transmisión de madre a hijo. En ese contexto, las autoridades penitenciarias deberán alentar y apoyar la elaboración de iniciativas sobre la prevención, el tratamiento y la atención del VIH, como la educación por homólogos".*

Respecto a la normativa nacional, resulta de aplicación, además de los instrumentos internacionales mencionados y los contenidos por el art. 75 inc 22 CN, lo normado por el art. 187 de la LEP[141].

Nuestra legislación, también prevé la situación de que aquellas personas que padezcan enfermedades incurables en período terminal, tal como puede ser quienes padezcan de HIV, tienen derecho de cumplir su detención mediante el arresto domiciliario. Al respecto, este punto ya ha sido tratado al momento de describir el universo de aplicación de la prisión domiciliaria del capítulo 8 y al cual nos remitimos en honor a la brevedad, especialmente en lo que se refiere a la dudosa constitucionalidad del decreto reglamentario derivado del Poder Ejecutivo Nacional y el cual versa específicamente sobre qué debe entenderse por "período terminal" de la enfermedad incurable.

11.2.1.7. Ancianidad

Como última categoría de personas vulnerables encontramos a las personas mayores de edad, específicamente de 70 años. La vulnerabilidad de este colectivo se traduce, generalmente, en problemas de salud y en la mala sanidad intramuros, por ello las condiciones de vida materiales e higiénicas en prisión no parecen ser la mejor opción

141. "ARTICULO 187. — Los internos que padezcan enfermedades infectocontagiosas u otras patologías similares, de tal gravedad que impidan su tratamiento en el establecimiento donde se encuentren, serán trasladados a servicios especializados de carácter médico asistencial o a servicios u hospitales de la comunidad".

para ellos. Sin perjuicio de esto, no debemos olvidar la garantía de condiciones dignas de detención y de prohibición de torturas, malos tratos, inhumanos o degradantes.

Normativa Internacional

Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 7, Art .25.1, Art. 24 CADH, Art. 14.I PIDCyP, 100 Reglas de Brasilia, específicamente la Regla 4 y 6, Conjunto de Principios para la Protección de todas las Personas sometidas a cualquier forma de Detención o Prisión, específicamente el Principio 5.2; los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas —Principio II—.

El punto en común de tales normas ratica en la insistencia de que todas las personas son iguales ante la ley, sin distinción y los Estados están obligados a proteger a todas ellas en igualdad de condiciones

Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

El envejecimiento también puede constituir una causa de vulnerabilidad cuando la persona adulta mayor encuentre especiales dificultades, atendiendo a sus capacidades funcionales, para ejercitar sus derechos ante el sistema de justicia.

Las medidas que se apliquen con arreglo a la ley y que tiendan a proteger exclusivamente los derechos y la condición especial de la mujer, en particular de las mujeres embarazadas y las madres lactantes, los niños y los jóvenes, las personas de edad, los enfermos o los impedidos, no se considerarán discriminatorias. La necesidad y la aplicación de tales medidas estarán siempre sujetas a revisión por un juez u otra autoridad.

Sin embargo, mención especial merece la Resolución 46/1991, de 16 de diciembre de la Asamblea General de las Naciones Unidas, Principios a favor de las personas de edad. Ello teniendo en cuenta que tal instrumento refiere específicamente a este grupo de personas vulnerables.

Los principios especialmente aplicables son el de Independencia que implica la garantía de la satisfacción de las necesidades básicas, el acceso a programas educativos y de formación adecuados y *"la posibilidad de vivir en entornos seguros y adaptables a sus preferencias y a la evolución de sus capacidades".*

El Principio de participación. Este Principio que en la Resolución 46/1991 está orientado el ámbito externo (comunitario), en su adaptación al ámbito penitenciario, comportaría el *"poder buscar y aprovechar oportunidades de prestar servicio a la comunidad*

(penitenciaria en este caso) y de trabajar como voluntarios en puestos apropiados a sus intereses y capacidades" y fundamentalmente en poder participar activamente "en la formulación y aplicación de las políticas (decisiones penitenciarias, en nuestro caso) que afecten directamente a su bienestar".

El principio de cuidados. Se observa en la atención a la salud, la garantía del bienestar físico, mental y emocional, la prevención de enfermedades y el acceso a los medios apropiados de atención institucional que proporcionen protección, rehabilitación y estímulo social y mental en un entorno seguro.

El de autorrealización. Supone el acceso a los recursos educativos, culturales, espirituales y recreativos en el ámbito penitenciario, a fin de poder aprovechar todas las oportunidades para desarrollarse plenamente.

Dignidad. Principio de plena aplicación al ámbito penitenciario y que implica: trato digno, la vida intramuros en condiciones dignas y seguras, la interdicción de toda explotación y la erradicación de cualquier tipo de maltrato físico o mental. Principio que se enlaza con el disfrute de los derechos humanos y libertades fundamentales, por ejemplo cuando residan en hogares o instituciones donde se les brinden cuidados o tratamiento, con pleno respeto de su dignidad, creencias, necesidades e intimidad, así como de su derecho a adoptar decisiones sobre su cuidado y sobre la calidad de su vida.

En nuestro país las personas mayores de 70 pueden acceder al cumplimiento de la ejecución de su pena en su domicilio, tal como lo dispone los arts 32 y 33 de la LEP, así como su Decreto Reglamentario 1058/97, mencionados en capítulos anteriores.

11.3. Estudio jurídico. Chile

11.3.1. Extranjeros

El derecho a ser tratado con igual consideración y respeto, es el principio que motiva la existencia de una defensa penal pertinente para extranjeros en Chile.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha resuelto que el Estado es soberano para determinar políticas migratorias, ya sea a través de leyes, decretos, resoluciones, directrices, etc., así como los mecanismos de control de ingreso y salida de extranjeros, sin embargo estas políticas y mecanismos deben ser compatibles con las normas de la CADH. Siempre se debe tener presente que: "*Generalmente los migrantes se encuentran en una situación de vulnerabilidad como sujetos de derechos humanos, en una condición individual de ausencia o diferencia de poder con respecto a los no-migrantes (nacionales o residentes). Esta condición de vulnerabilidad tiene una dimensión ideológica y se presenta en un contexto histórico que es distinto para cada Estado, y es*

mantenida por situación de jure (desigualdades entre nacionales y extranjeros en las leyes) y de facto (desigualdades estructurales).".

Esto significa que "*los Estados, por lo tanto, no pueden discriminar o tolerar situaciones discriminatorias en perjuicio de los migrantes*", pues *"[e]l deber general del artículo 2 de la Convención Americana implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías*". (Corte IDH, Opinión Consultiva (OC) 18/03, párrafo 119).

Por lo tanto, la defensa de migrantes obliga necesariamente a preocuparse de todas aquellas situaciones que se derivan de su condición de imputados y condenados, aun cuando éstas se refieren a aspectos regulados por la normativa de extranjería, para así incluir la consideración de todas las variables de su condición actual y de las consecuencias jurídicas específicas que seguirán del proceso y la condena impuesta. En consecuencia, para la defensa de un condenado migrante deben considerase las normas que rigen integralmente la situación de los extranjeros en el país, y que se establecen en diversos cuerpos legales. Entre ellos, los más relevantes para nuestra materia son: el Decreto Ley N° 1.094 de 1975, del Ministerio del Interior, que establece normas sobre extranjeros en Chile (Ley de Extranjería); el Decreto N° 597 de 1984, del Ministerio de Interior (Reglamento de Extranjería), y el Decreto 818 de 1983, del Ministerio del Interior que delega en autoridades de gobierno interior atribuciones relativas a extranjeros (medidas de expulsión). Obviamente, además, es necesario considerar la ya mencionada CADH, la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo, sin perjuicio de los demás Tratados de Derechos Humanos.

11.3.1.1. Expulsión

Se entiende por expulsión "cualquier decisión, orden, acto o procedimiento ante el órgano administrativo o judicial competente, independientemente de la denominación que reciba en la legislación nacional, relacionado con la salida obligatoria de una persona del Estado receptor que tiene como consecuencia que ésta efectivamente abandone el territorio de dicho Estado o sea trasladada fuera de las fronteras del mismo" (Opinión Consultiva de la Corte Interamericana 21/14 de 19 de agosto de 2014, párr. 269).

Existen dos formas de expulsión en nuestro ordenamiento jurídico: la expulsión administrativa contemplada en la Ley de Extranjería y la pena sustitutiva de expulsión de la Ley N° 18.216 a la que pueden optar los extranjeros condenados en Chile si cumplen los requisitos legales.

11.3.1.1.1. Expulsión administrativa

La expulsión administrativa es una sanción que puede decretarse respecto de extranjeros denominados irregulares; esto es, que hayan ingresado o permanezcan en el país

sin cumplimiento de las normas legales. Es, también, una facultad administrativa porque corresponde al ejercicio de una potestad que la Ley de Extranjería le ha entregado a la administración, particularmente al Presidente de la República o a los intendentes regionales, según los casos.

La expulsión decretada por el Presidente de la República se extiende formalmente como decreto supremo y debe ser firmado por el Ministro del Interior. En el caso de los Intendentes, la expulsión constituye un acto administrativo que debe suscribir la misma autoridad y no está sujeta a control de toma de razón.

Tratándose de un acto administrativo debe cumplir los requisitos mínimos de publicidad, transparencia y bilateralidad. La expulsión debe cumplir por cierto, con los requisitos previstos en la Ley 19.880 sobre procedimientos administrativos. Esto implica que fuera de ser dictado por autoridad competente y previa investidura; debe ser motivado; el objeto debe guardar coherencia con los motivos y ser legal; y, debe estar orientado al fin previsto en la ley. Asimismo, el Decreto de expulsión debe notificarse al afectado, entregándole copia del mismo donde se indique los recursos administrativos que proceden.

Las causales de expulsión pueden quedar comprendidas en la extensa hipótesis de "situación de irregularidad de un extranjero en chile". Sin embargo, y de manera inorgánica, el DL 1.094 describe una serie de situaciones que podríamos clasificar en irregularidad propiamente tal y la irregularidad por incurrir en determinadas conductas definidas por la ley, que da lugar a la expulsión como sanción.

En virtud de las primeras, la autoridad administrativa está facultada para expulsar a aquellos extranjeros que se encuentren residiendo en el país después de vencido el plazo de residencia legal. Se encuentra prevista en el Art. 71 de la Ley de Extranjería y hace directa mención al sistema de visas.

La ley prevé, además de la medida de expulsión, un sistema integral de control de flujos de extranjeros en el país, mediante el otorgamiento de visas lo que corresponde también a una facultad de la Administración, ya sea a través del Ministerio del Interior (Departamento de Extranjería y Migraciones) o del de Relaciones Exteriores. La ley establece un complejo sistema de procedencia progresiva y de requisitos de obtención de las autorizaciones o residencias, pero lo importante para la expulsión es que si vence el plazo de residencia, sin que se haya concedido otra, el extranjero se encuentra en situación irregular y será sancionado con una multa y eventualmente, la expulsión (El asilado o refugiado no puede ser expulsado al país de origen).

En este caso, la expulsión es facultativa, es decir, la autoridad competente puede discrecionalmente no aplicar la expulsión.

Además de la expulsión por encontrarse con la residencia vencida, la Ley contempla la posibilidad de expulsar a un extranjero que haya ingresado o, durante su permanencia en Chile cometa ciertos o actos o incurra en conductas que afecten el orden público en su sentido más amplio. (Arts. 15 y 17, Ley de Extranjería).

En este caso la expulsión se utiliza como una sanción, de modo que derechamente se trata del ejercicio de la potestad sancionatoria de la administración. Esto implica que en este caso la administración tiene aún más restringido el uso de esta facultad debiendo respetar los límites al ejercicio de la potestad punitiva del Estado.

La ley contempla hipótesis extremadamente amplias, A modo de ejemplo, se contemplan causales tan amplias como: "los que ejecuten actos contrarios a la moral o a las buenas costumbres" (Art.15 N° 2, Ley de Extranjería) o a "[l]os que no tengan o no puedan ejercer profesión u oficio" (Art. 15 N° 4, Ley de Extranjería), por lo que permiten una actuación derechamente arbitraria de la autoridad, que se ha ido paulatinamente limitando mediante la jurisprudencia de la corte suprema. Así la Corte ha establecido: ". .. [E]l artículo 17 del Decreto Ley 1.094 consagra la facultad de la autoridad administrativa para disponer la expulsión del país de los ciudadanos extranjeros que incurran, entre otras, en las situaciones del artículo 15 N° 2 del mismo cuerpo normativo, importando para la decisión del reclamo, aquella relativa a la ejecución de actos contrarios a la moral o a las buenas costumbres. Tratándose de una facultad, y que se ejerce, en el caso concreto, basada en conceptos jurídicos indeterminados, se hace necesario que la autoridad al dotar de contenido a tales preceptos efectúe una ponderación de la gravedad de la conducta que se imputa como de las circunstancias que rodearon su comisión, la que debe sopesarse, además, con la actual situación personal, familiar, y el arraigo del ciudadano afectado. De no efectuarse tal evaluación, la actuación del ente administrativo deviene en ilegal y arbitraria" SCS, Rol N° 9075-2012. En sentido similar, se pueden revisar: SCS Rol N° 1413-2013 y SCS Rol N° 981-2011.

Se ha establecido por esta vía que las causales previstas en el artículo 15 corresponden a conceptos jurídicamente indeterminados, y que es función de la autoridad administrativa darle sentido a ellos, considerando la situación concreta del afectado, particularmente la gravedad de delito por el que fue condenado, su situación migratoria y familiar. La Corte ha sostenido que cuando el extranjero cuenta con familia (cónyuge e hijos), el acto administrativo de expulsión no afecta sólo la libertad personal del expulsado sino también constituye "una amenaza a la libertad ambulatoria del menor (…) como también de quien aparece como pareja del mencionado (…), porque aun cuando no han sido aquellos objeto de una medida de expulsión, la realidad indica que ambos no tendrían más alternativa que seguir al referido adonde sea despachado, puesto que tal es el sentido de la familia, permanecer juntos, y ello constituye la base fundamental sobre la cual se construye la sociedad" (Sentencia Corte Suprema, Rol N° 1530-2013), "y se afecta lo dispuesto en el artículo 1° de la Constitución Política de la

República que establece que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, siendo deber del Estado dar protección a la población y a la familia, así como propender al fortalecimiento de ésta" (SCS, Rol N° 66-2013).SCS, Rol N° 9075-2012; SCS, Rol N° 66-2013; SCS, Rol N° 400-2013; SCS, Rol N° 1530-2013).

La autoridad competente para decretar la expulsión es el Intendente Regional, si la visa que se poseía era de turismo, o el Ministro del Interior, por orden del Presidente de la República, en los demás casos. Esta distinción es importante a objeto de determinar los medios de impugnación que proceden respecto de la expulsión, pues solo procede reclamación en contra de la expulsión decretada por "orden del Presidente". Asimismo, se debe considerar que el Intendente Regional respectivo y el Ministro del Interior son las únicas autoridades que poseen aquella potestad, y a la policía, si bien le corresponde la función de controlar las fronteras, esto se refiere solamente al ingreso, mas no a una expulsión.

La Ley de Extranjería, en su Art. 89, contempla un recurso de reclamación que procede contra la expulsión dispuesta por decreto supremo, es decir, la expulsión dictada por el Ministro del Interior. Contra la expulsión pronunciada por el intendente, para el caso de los turistas, no está previsto este recurso especial.

Este recurso se interpone ante la corte suprema dentro de las 24 horas siguientes a la notificación del decreto. La reclamación se puede interponer por el expulsado o su familia y se resuelve sumariamente por la Corte Suprema.

Dadas las limitaciones —tanto de procedencia como de plazo para su interposición— del recurso especial de reclamación, se ha utilizado, con progresivo éxito, la acción constitucional de amparo para impugnar la expulsión (sea por decreto supremo o simple acto de autoridad administrativa). La acción contemplada en el artículo 21 de la Constitución Política es procedente porque se encuentra amagada la libertad personal en su dimensión ambulatoria, que contempla la letra del artículo 19 N° 7 letra a. Si bien existen fallos de la Corte Suprema del año 2001 y 2003 que sostienen la tesis de la especialidad en cuanto a vías de impugnación, vale decir que sólo es posible cuestionar judicialmente la expulsión por la vía de la reclamación contenida en el DL 1094, actualmente la posición de la Corte Suprema es que aquella no es óbice para la interposición de un habeas corpus.

11.3.1.1.2. Expulsión como pena sustitutiva

El artículo 34 de la Ley N° 18.216 establece la pena sustitutiva de expulsión del territorio nacional, que puede imponerse al condenado "*extranjero que no residiere legalmente en el país*". La sustitución se decretará por el juez de garantía, de oficio o a petición de parte, en audiencia en que debe ser citado el Ministerio del Interior a fin de ser oído. El extranjero condenado por esta vía, no puede regresar al país en un período de 10 años, de hacerlo, debe cumplir la pena originalmente impuesta.

Lo primero que se debe tener presente es que se trata de una pena sustitutiva de la pena privativa de libertad que corresponda, por lo que se establece en beneficio del condenado y nunca puede imponerse en su perjuicio, como sería el caso de aplicarla en contra de su voluntad.

Si bien el mencionado artículo 34 establece que el juez puede disponer de oficio (o a petición de parte) esta expulsión, éste se refiere exclusivamente a que el juez puede tomar la iniciativa en el inicio del procedimiento de sustitución, pero, en definitiva, el juez no está obligado a sustituir. En efecto, la misma norma describe la facultad del juez como "*podrá*" decretarla, lo que implica que no en todos los casos en que se den los requisitos del artículo citado el juez está obligado a decretarla. En este sentido, uno de los antecedentes que el juez debiera revisar es el hecho de que pudiera constituir una pena trascendente pues en algunos casos va a afectar a personas distintas, como es el caso de los hijos o familiares directos del condenado que se encuentren avecindados en Chile, quienes se verán afectados en su derecho a la libertad personal por cuanto se verán obligados o inducidos a abandonar el país en contra de su voluntad.

En el mismo sentido en el Sistema Interamericano se ha sostenido que: "Tanto la Comisión Interamericana como la Corte Europea han reconocido que conforme al derecho internacional, en cualquier procedimiento de expulsión, se debe considerar el mejor interés de los hijos del deportado. La Corte Europea ha sostenido repetidamente que '*el mejor interés y bienestar de los niños*' de un no ciudadano debe ser tomado en consideración en un procedimiento de expulsión".

Recientemente, la Corte Interamericana ha señalado que cuando esta medida afecta al progenitor del niño o niña, debe considerarse el régimen de protección integral y la obligación de prevenir la separación familiar. Se trata entonces, de la colisión de dos principios igualmente válidos, la facultad del Estado a implementar su política migratoria y el derecho del niño o niña a la protección de la familia. Para resolver dicha controversia, la Corte propone la ponderación de ambos, utilizando los criterios de idoneidad (fin legítimo), necesidad de la medida (que no exista otra forma de menos gravosa para cumplir el mismo objetivo), y que sea proporcionada en sentido estricto (que afecte en menor grado el derecho y asegure en el mayor grado posible el fin perseguido).

Esta expulsión es procedente respecto de un extranjero que no residiere legalmente en el país, condenado a una pena igual o inferior a 5 años de presidio o reclusión menor en su grado máximo. Es necesario determinar, entonces, qué debe entenderse por "*extranjero que no residiere legalmente en el país*".

La categoría de "*residente legal*" en el DL 1.094 incluye a residentes oficiales (artículos 19 a 21), otros residentes (sujeto a contrato del Artículo 23 y ss., residente estudiante

del artículos 27 y ss., residente temporario del artículo 29 y ss.), asilados políticos y refugiados (artículo 34 y ss.). En consecuencia serían "*residentes ilegales*" todos aquellos que no contaran con alguna de las calidades administrativas que entrega la Administración. Sin perjuicio de ello, el propio DL 1.094 regula la permanencia legal de otras personas que no tienen residencia, como es el caso de los turistas (artículos 44 y ss. Decreto Ley 1.094) y los tripulantes (artículos 50 y ss. Decreto Ley 1.094).

Esta interpretación excluye de la posibilidad de cumplir una condena en libertad (aunque fuera del país) a todos aquellos extranjeros, que siguiendo los mecanismos legales han obtenido una residencia.

No obstante lo anterior, se puede sostener que si la autoridad administrativa está facultada para revocar la residencia del extranjero que haya cometido un delito (artículos 65 y 64, Decreto Ley 1.094), entonces todo extranjero condenado por crimen o simple delito es hipotéticamente un extranjero sin residencia legal, de lo que se sigue que en definitiva un extranjero condenado siempre estaría en condiciones de solicitar la sustitución (siempre que cumpla los demás requisitos).

11.3.1.2. Derechos a la asistencia consular

Siguiendo la interpretación de la Convención de Viena que hace la Corte IDH en su OC 16/99, el extranjero privado de libertad posee dos derechos específicos, derecho a la información y derecho a la notificación consular, además de la asistencia consular propiamente tal. Este derecho "*debe ser reconocido y considerado en el marco de las garantías mínimas para brindar a los extranjeros la oportunidad de preparar adecuadamente su defensa y contar con un juicio justo". (Opinión Consultiva 16/99 de la Corte IDH, párrafo 121 y 122).*

Evidentemente, no solo el juicio oral y la investigación que le precede deben cumplir con el inventario del debido proceso, sino también la ejecución de la sentencia, lo que no puede discutirse en nuestro país, ya que los derechos y garantías se reconocen al imputado "*hasta la completa ejecución de la sentencia".*

En el ámbito penitenciario, las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos señalan que "los reclusos de nacionalidad extranjera gozarán de facilidades adecuadas para comunicarse con sus representantes diplomáticos y consulares" (Regla 38.1). Añade la norma que "los reclusos que sean nacionales de Estados que no tengan representación diplomática ni consular en el país, así como los refugiados y apátridas, gozarán de las mismas facilidades para dirigirse al representante diplomático de Estado encargado de sus intereses o cualquier autoridad nacional o internacional que tenga la misión de protegerlos (Regla 38.2).

11.3.1.3. Derecho a acceder a un intérprete calificado y a la traducción

El artículo 14.3 letra f) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) dispone que "*Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en*

plena igualdad, a la siguientes garantías mínimas: …f) a ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado por el tribunal."

Asimismo, en el artículo 67.1 letra f) del Estatuto de la Corte Penal Internacional también se garantiza el acceso a un intérprete gratuito, lo que es recogido por nuestro derecho nacional en el artículo 29 de la Ley 20.430 (sobre protección de refugiados), que prescribe en su inciso 2°: "*Al solicitante que así lo requiera o necesite, se le facilitarán los servicios de un intérprete calificado para asistirle en las entrevistas y en la presentación por escrito de los hechos en los que fundamenta su petición*".

11.3.1.4. Derecho a buscar y recibir refugio

La normativa de Extranjería considera la hipótesis del asilado y refugiado. Esta condición se otorga siempre por el Ministerio de Relaciones Exteriores en conjunto con el de Interior. Las misiones diplomáticas expiden un asilo provisional, que sirve como inicio del procedimiento administrativo que debe concluir en Chile, ante los ministerios mencionados. Lo relevante en el ámbito penal es que no pueden ser objeto de reproche penal en caso de ingreso ilegal desde el país donde sufren persecución; y que no es posible colocarlos en la frontera del mismo Estado.

En Chile, el 15 de abril de 2010 se publicó la Ley N° 20.430 que establece disposiciones sobre protección de refugiados, precisando los contenidos de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados y las cláusulas de inclusión al respecto elaboradas por la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los refugiados (ACNUR) : "*Artículo 2°.– Concepto de Refugiado. Tendrán derecho a que se les reconozca la condición de refugiado las personas que se encuentren en alguna de las siguientes situaciones:*

> *1. Quienes, por fundados temores de ser perseguidos por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentren fuera del país de su nacionalidad y no puedan o no quieran acogerse a la protección de aquél debido a dichos temores.*
> *2. Los que hayan huido de su país de nacionalidad o residencia habitual y cuya vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público en dicho país.*
> *3. Quienes, careciendo de nacionalidad y por los motivos expuestos en los numerales anteriores, se encuentren fuera del país en que tenían su residencia habitual y no puedan o no quieran regresar a él.*
> *4. Los que, si bien al momento de abandonar su país de nacionalidad o residencia habitual no poseían la condición de refugiado, satisfacen plenamente las condiciones de inclusión como consecuencia de acontecimientos ocurridos con posterioridad a su salida."*

La principal consecuencia de la condición de refugiado, es el principio de *non refoulement* o no devolución: ningún Estado parte de la Convención puede expulsar o devolver a un refugiado a aquel Estado donde se supone arriesga su vida o integridad. La Ley 20.430, en

su Art. 4, consagra el principio de non refoulement, de manera más precisa que el Art. 33 de la Convención sobre el Estatuto del Refugiado, en los siguientes términos:

> *"No Devolución. No procederá la expulsión o cualquier medida que tenga por efecto la devolución, incluyendo la prohibición de ingreso en frontera, de un solicitante de la condición de refugiado o refugiado al país donde su vida o libertad personal peligren. La protección en los términos enunciados precedentemente comprenderá, asimismo, cualquier forma de devolución hacia las fronteras de un país donde estuviere en peligro la seguridad de la persona o existieren razones fundadas para creer que podría ser sometida a tortura, a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes".*

Quedan excluidos de la protección quienes hayan cometido delitos contra la paz, crímenes de guerra o delitos de lesa humanidad; que hayan cometido un grave delito común antes de acogerse al refugio; y/o, actos contrarios a los principios de Naciones Unidas (art. 16 de la Ley N° 20.430 y Art. 1.F de la Convención sobre el Estatuto del Refugiado).

Esta protección alcanza a quienes quieran hacer valer su derecho de buscar y recibir asilo. Sin embargo, en Chile esta protección opera sólo desde que se presenta la solicitud, lo que ha generado una serie de complicaciones y obstáculos a la hora de solicitar refugio.

La Corte interamericana, mediante la interpretación de los artículos 22.7 y 22.8 de la CADH, ha extendido la aplicación del principio de no devolución, indicando que *"[E]s posible considerar que en el sistema interamericano está reconocido el derecho de cualquier persona extranjera, y no solamente a los asilados o refugiados, a la no devolución indebida cuando su vida, integridad y/o libertad estén en riesgo de violación, sin importar su estatuto legal o condición migratoria en el país que se encuentre". (Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia, supra, párr. 135).*

En Chile la expulsión no puede decretarse sino de manera excepcional. Esto incluye "*cualquier medida que tenga por efecto la devolución, incluyendo la prohibición de ingreso en frontera*".

11.3.1.5. Traslado internacional de condenados

Es un instituto por medio del cual se articula una solución jurídica que permite que un Estado reciba y ejecute una determinada pena impuesta por otro Estado.

El objetivo perseguido es que los extranjeros puedan cumplir sus condenas privativas de libertad más cerca de sus familiares y amigos, y con ello favorecer el objetivo de reinserción de la pena. Para ello, se han establecido diversos tratados internacionales que establecen la forma de ejecutar estos traslados.

Los principales tratados suscritos por Chile son el Convenio de Estrasburgo sobre traslado de personas condenas de 1983 y la Convención Interamericana para el cumpli-

miento de condenas penales en el Extranjero, suscrita por la OEA el 9 de junio de 1993. Adicionalmente, Chile ha suscrito tratados bilaterales con este mismo objetivo con Brasil, Argentina, Bolivia, Perú y Chile.

Todos estos tratados establecen normas de traslado de condenados privados de libertad. Debe tratarse de extranjeros privados de libertad como consecuencia de haber cometido un delito, que tengan la posibilidad de cumplir la condena impuesta en su medio social de origen.

Para que proceda el traslado, el condenado debe tener la nacionalidad del Estado donde desea ser trasladado (Estado de origen), la sentencia condenatoria debe encontrarse firme y ejecutoriada, deben restar al menos 6 meses de cumplimiento de la condena impuesta y el privado de libertad debe manifestar su intención de trasladarse a un Estado que —evidentemente— haya suscrito alguno de los tratados señalados. Asimismo, que los hechos que motivaron la condena constituyan un ilícito penal en el país al que se solicita el traslado. Adicionalmente pueden considerarse otros factores, que puedan contribuir a su reinserción social, como la gravedad del delito, estado de salud, vínculos familiares y sociales.

La solicitud del traslado se dirige al Ministerio de Justicia, la cual debe contener la manifestación del condenado, informe de nacionalidad, ficha única de condenado, ficha de clasificación, copia de la sentencia, informes sociales y psicológicos, informe médico, etc. Estos antecedentes se remiten al Estado de cumplimiento, directamente o a través de misión diplomática.

Cada Estado es soberano para acceder o no a las solicitudes presentadas por los Estados receptores, pero en caso de acceder no pueden agravar la naturaleza o duración de la condena y debe asumir los gastos del traslado.

En el mismo ámbito del traslado internacional, las Reglas de Bangkok indican que "cuando existan acuerdos bilaterales o multilaterales pertinentes, se estudiará la posibilidad de trasladar lo antes posible a las reclusas extranjeras no residentes a su país de origen, en particular si tienen hijos en él, y cuando ellas lo soliciten o consientan informadamente en ello" (Regla 53.1). Complementado lo anterior, indica que "En caso de que se deba retirar de la prisión a un niño que viva con una reclusa extranjera no residente, se deberá considerar la posibilidad de reubicar a ese niño en su país de origen, teniendo en cuenta su interés superior y en consulta con la madre" (Regla 53.2).

11.3.2. Personas pertenecientes a pueblos indígenas

Las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad, llaman la atención sobre el acceso a la justicia de las personas integrantes de comunidades indígenas. Se propone la necesidad de asegurar su acceso igualitario a

la justicia y respetuoso con su origen y tradiciones culturales. Asimismo, se promueve el respeto y coordinación de la justicia indígena con la estatal.

Durante las últimas décadas se ha construido un discurso de los derechos indígenas desde el derecho internacional de los derechos humanos. "*Conceptualmente es preciso distinguir entre derechos humanos que fructifican en sociedad o que requieren de la sociedad para ejercerse (por ejemplo, derecho a voto) y los derechos cuyo titular es un colectivo (por ejemplo la autodeterminación)" (Nash, 2009: 164).*

En cuanto a la primera categoría de derechos, su reconocimiento en el sistema interamericano es claro y se deriva de dos principios. Por una parte, la obligación de garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos establecidos en la CADH y por otra, el principio de igualdad y no discriminación.

En cuanto a la obligación de garantizar, se refiere al sentido que la Corte Interamericana le ha dado desde sus primeras sentencias (v.gr. Caso Velásquez Rodriguez vs Honduras, sentencia de 29 de julio 1988), en el sentido que no es suficiente para el cumplimiento de las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos la sola abstención. La corte interamericana ha establecido que, "*de las obligaciones generales de respetar y garantizar los derechos, derivan deberes especiales, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre*" (Corte I.D.H., Caso Vélez Loor vs. Panamá, sentencia de 23 de noviembre de 2010; sentencia caso de la Masacre del Pueblo Bello vs. Colombia; sentencia de 31 de enero de 2006; Caso González y otros (Campo Algodonero) vs. México, sentencia de 16 de noviembre de 2009).

En relación con el principio de igualdad, la Corte ha resaltado la idea que al interpretar y aplicar su normativa interna, "*los Estados deben tomar en consideración sus características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural" (Nash, 2009: 169).*

Las Reglas de Bangkok, en referencia a los pueblos indígenas indican que "Las autoridades penitenciarias reconocerán que las reclusas de diversas tradiciones religiosas y culturales tienen distintas necesidades y pueden afrontar múltiples formas de discriminación que les impidan el acceso a programas y servicios que tengan en cuenta su género y cultura. Por ello, deberán prever programas y servicios amplios en que se atiendan esas necesidades, en consulta con las propias reclusas y con los grupos correspondientes (Regla 54). La Regla 55 complementa lo anterior señalando que "se examinarán los servicios de atención anteriores y posteriores a la puesta en libertad, a fin de asegurar que resulten apropiados y accesibles para las reclusas indígenas y las pertenecientes a determinados grupos étnicos y raciales, en consulta con los grupos correspondientes".

En cuanto a la categoría de los derechos colectivos, algunos instrumentos internacionales entre los que destacan el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo OIT de 1989, y la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas DNUDPI (Asamblea General de Naciones Unidas) de 2007, han venido a confirmar el reconocimiento de derecho colectivos de los pueblos indígenas. En efecto, "*el convenio 169 de la OIT constituye el primer instrumento de carácter internacional que reconoce la existencia de Pueblos Indígenas al interior de los Estados. Lo anterior implica aceptar que los indígenas constituyen agrupaciones humanas previas al Estado, que tienen —o tuvieron— un territorio común, una historia, cultura y conocimiento; pero además, que se identifican con sus pares y a la vez se sienten diferentes de otros grupos*" (Lillo, 2009:4). La DNUDPI destaca que estos pueblos tienen también el derecho a la libre determinación (artículo 3: Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural).

La Corte Interamericana ha dado cuenta de la relevancia del ejercicio colectivo de ciertos derechos por parte de los indígenas, entre integrantes de su comunidad o pueblo. Uno de estos derechos colectivos, reconocidos en ambos instrumentos es el derecho al territorio, al que la Corte le ha otorgado suma importancia para los pueblos indígenas. "El artículo 21 de la Convención Americana protege la vinculación estrecha que los pueblos indígenas guardan con sus tierras, así como con los recursos naturales de los territorios ancestrales y los elementos incorporales que se desprendan de ellos. Entre los pueblos indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad" (Caso Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, párr. 145)

Es necesario tener en cuenta la especial conformación de los derechos indígenas a la hora de su reconocimiento, ambas ideas (igualdad y no discriminación y reconocimiento de los derechos colectivos) forman parte del corpus de derechos indígenas que se ha ido configurado en el ámbito nacional e internacional.

Como no existe una regulación específica de los indígenas privados de libertad a nivel nacional, el abordaje de este punto se hará a través del tratamiento especial que se debe dar a situaciones hipotéticas características del encierro, así como el uso de principios generales que emanan de la aplicación de los derechos indígenas en el ámbito internacional.

1. Prácticas culturales al interior de los recintos penales

A partir del caso Yakye Axa vs. Paraguay, la Corte Interamericana desarrolló un concepto sobre la vida digna, que implica una serie de obligaciones adicionales para el Estado, que van más allá de no privar de ella a las personas.

En efecto, en virtud de las obligaciones que emanan para el Estado, en virtud del artículo 2 de la CADH, la Corte señaló que "*este derecho comprende no sólo el derecho de todo ser humanos a no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se generen condiciones que le impidan o dificulten el acceso a una existencia digna*" (Corte Interamericana, caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay, párr. 162). Ahora bien, esta obligación implica por cierto tomar medidas concretas, orientadas a esta vida digna y que sean adecuadas a la condición o situación de vulneración de las personas titulares de estos derechos. Para determinar el nivel de cumplimiento del Estado, el examen debe incluir "*un vínculo con la especial vulnerabilidad a la que fueron llevados [los miembros de la comunidad indígena], afectando su forma de vida diferente [sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental, que comprende la estrecha relación que mantienen con la tierra] y su proyecto de vida, en su dimensión individual y colectiva*" (Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay).

Considerando que las personas privadas de libertad conservan todos los demás derechos de los que no han sido privados por el fallo condenatorio, y que el Estado, en virtud del particular contexto de subordinación, "*se constituye en garante de todos aquellos derechos que no quedan restringidos*", debe proveer al indígena de todos los mecanismos que impidan su desarraigo cultural y que le permitan desarrollar su proyecto de vida, de acuerdo a sus propias particularidades. Esto comprende, desde la práctica de ciertas ceremonias al interior de un recinto penal, como el acceso a métodos de salud y educación tradicionales (artículo 12.1. DNUDPI "Los pueblos indígenas tienen derecho a manifestar, practicar, desarrollar y enseñar sus tradiciones, costumbres y ceremonias espirituales y religiosas…")

En este caso, el jefe del establecimiento debe ponderar el resguardo de la seguridad y la disciplina con el respeto al derecho de una vida digna de quienes revisten el carácter de indígenas.

2. Traslados de recintos penales de personas indígenas privadas de libertad

En el caso de las personas privadas de libertad, como ya ha quedado señalado, si bien la facultad para disponer su traslado de recinto penal y/o lugar de reclusión corresponde a la autoridad penitenciaria, ésta debe tener en consideración el respeto por sus derechos fundamentales.

En primer lugar, dichos derechos se identifican con el derecho a las visitas y a la protección de la familia. Las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos disponen que los privados del libertad tengan la posibilidad para comunicarse periódicamente, "bajo la debida vigilancia, con su familiar y con amigos de buena reputación, tanto por correspondencia como mediante visitas" (Regla 37), y el principio de la unidad familiar (Regla 79 se debe "velar…particularmente por el mantenimiento y el mejoramiento de las relaciones entre recluso y su familia"). El párrafo 6 del Reglamento de establecimientos penitenciarios regula el régimen de visitas, que constituye un elemento fundamental de la reinserción del condenado al que se dirige la pena. En efecto, esta

herramienta permite al recluso mantener sus vínculos extramuros, que le permita posteriormente superar aquella "*barrera que las instituciones totales levantan entre el interno y el exterior" (Goffman, 1970: 27)*. Debido a la particular interacción que se produce entre el Estado y una persona totalmente privada de libertad, es el primero quien debe hacerse cargo de satisfacer los derechos y necesidades no suspendidos de aquellas personas que están, precisamente bajo su custodia. Esto implica que "*en resguardo de las visitas, los condenados deberán ser recluidos preferentemente cerca de su lugar habitual de residencia*" (artículo 53 Reglamento de establecimientos penitenciarios).

En el caso de los personas pertenecientes a comunidades o pueblos indígenas, la facultad de disponer el lugar en que deba cumplir una condena privativa de libertad, debe verse doblemente limitada, por el derecho a la protección de la familia, y por el especial vínculo que tienen los indígenas con su territorio, entendido como su lugar de origen y soporte de su cultura. En efecto, *"[p]ara las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras*" .

Esto significa que en el caso de los indígenas, los Estados deben considerar especialmente al momento de determinar el lugar de reclusión de un indígena, el apego de estos con su territorio y su familia.

Así lo ha señalado también la Corte Interamericana. "Los Estados deben, en la medida de lo posible, facilitar el traslado de los reclusos a centros penitenciarios más cercanos a la localidad donde residan sus familiares. En el caso de las personas indígenas privadas de libertad la adopción de esta medida es especialmente importante dada la importancia del vínculo que tienen estas personas con su lugar de origen o sus comunidades". (Caso Norín Catriman vs Chile, sentencia de 29 de mayo de 2014; párr. 408).

3. Derechos a sanciones distintas de la privación de libertad o que considere sus características económicas, sociales y culturales (artículo 10 del Convenio 169 de la OIT)

El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo establece normas referidas al acceso a la justicia de los pueblos indígenas, entre ellas establece dos principios que deben tenerse en consideración a la hora de imponer sanciones privativas de libertad y durante su ejecución.

El artículo 10 del Convenio dispone:

a) Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales.
b) Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.

En general, los pueblos indígenas no consideraban el encarcelamiento como una sanción penal. Existen otro tipo de sanciones (algunas aún vigentes), que tienen que ver más bien con la compensación económica, la humillación social, y otras vinculadas a situaciones propias de la naturaleza y la salud. El reconocimiento del derecho a la libre determinación y a la justicia propia que se encuentran reconocidos en el Convenio 169 de la OIT (artículos 8, 9 y 10) y en la DNUDPI (artículos 4 y 5), da pie al reconocimiento de sanciones penales. Sin embargo, actualmente las penas se encuentran previstas en la ley y, las privativas de libertad, sujetas a la administración de Gendarmería, sin perjuicio que por esta vía se pudieran establecer sanciones propias o tradicionales, que pudieran ser aplicadas en casos específicos. En efecto, tal cual ha sido resuelto por la Corte Constitucional de Colombia, si bien no cabe aplicar derechamente una sanción tradicional cuando el caso ha sido juzgado por la jurisdicción ordinaria, pues en este caso se afectan el principio de legalidad de la pena y de igualdad ante la ley, si resulta pertinente que se tomen en cuenta sus características sociales, económicas y culturales en la ejecución de la pena por el órgano penitenciario (Sentencia T-097 de 2012).

En este sentido, los aspectos económicos, sociales y culturales y la preferencia de penas no privativas de libertad, sí deben ser considerados a propósito de la concesión de un beneficio, como ocurre con por ejemplo con los permisos de salida, la postulación a un CET o la libertad condicional, todas cuestiones propias de la ejecución de la pena.

Este derecho debiera permitir adelantar la progresividad, cuando ello es permitido por las normas penitenciarias. Por ejemplo, en el caso de los permisos de salidas, prefiriendo siempre aquellas que permitan desarrollar un vínculo con su familia y su comunidad, en su territorio.

11.3.3. Personas con discapacidad física y discapacidad mental (enfermos siquiátricos y personas con medidas de seguridad privativas de la libertad)

11.3.3.1. Marco normativo y concepto penitenciario de discapacitado

La Corte Interamericana considera que toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos. La Corte reitera que no basta que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como la discapacidad.

En tal sentido, los Estados deben tomar en cuenta que los grupos de personas que viven en circunstancias adversas y con menos recursos, tales como las personas que viven en condiciones extremas de pobreza; niños y adolescentes en situación de riesgo,

y poblaciones indígenas, enfrentan un incremento del riesgo para padecer de discapacidades mentales (…). Es directo y significativo el vínculo existente entre la discapacidad, por un lado, y la pobreza y la exclusión social, por otro. En razón de lo anterior, entre las medidas positivas a cargo de los Estados se encuentran aquellas necesarias para prevenir todas las formas de discapacidad prevenibles, y dar a las personas que padecen de discapacidades mentales el tratamiento preferencial apropiado a su condición (Corte I.D.H., Caso Ximenes Lopes, sentencia de 4 de julio de 2006).

En el ámbito internacional de los derechos humanos, más allá de las normas relativas al derecho a la igualdad y al libre y pleno ejercicio de los derechos sin ser objeto de discriminación por cualquier motivo, entre ellos ser portador de una discapacidad física o mental, se ha configurado un cuerpo normativo específico para proteger a las personas con algún tipo de discapacidad y para eliminar cualquier forma de discriminación en su contra, que son plenamente aplicables respecto de personas privadas de libertad que padezcan de algún tipo de discapacidad.

La Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad (CIEDD), adoptada con fecha 7 de junio de 1999 por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, ratificada por Chile el 2002 y que se encuentra actualmente vigente, tiene por objetivos la prevención y eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad y propicia su plena integración en la sociedad.

Para ello, ya en el preámbulo reafirma el carácter de sujeto de derechos de las personas que padecen alguna discapacidad, incluido el derecho de no verse sometidos a discriminación fundamentada en dicha circunstancia y establece, a modo enunciativo, ciertas medidas que los estados partes deben adoptar a fin de eliminar las barreras que existen al ejercicio efectivo de los derechos por parte de las personas con alguna discapacidad y establece, a modo enunciativo, ciertas medidas que los estados partes deben adoptar a fin de eliminar las barreras que existen al ejercicio efectivo de los derechos por parte de las personas con alguna discapacidad física o mental.

La Convención, en su artículo 1.1, define discapacidad como una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social.

Entiende por discriminación contra las personas con discapacidad toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales (artículo 1.2 letra a). Agrega que no constituye discriminación la distinción o preferencia

adoptada por un Estado parte a fin de promover la integración social o el desarrollo personal de las personas con discapacidad, siempre que la distinción o preferencia no limite en sí misma el derecho a la igualdad de las personas con discapacidad y que los individuos con discapacidad no se vean obligados a aceptar tal distinción o preferencia.

11.3.3.2. Discapacidad física

La CIEDD contempla, en su artículo 3, una serie de medidas para proteger los derechos de las personas con discapacidad. En relación a aquellas personas que sufren de alguna deficiencia física o sensorial se insta a los Estados a que los edificios, vehículos e instalaciones que se construyan o fabriquen en sus territorios respectivos faciliten el transporte, la comunicación y el acceso para las personas con discapacidad así como medidas para eliminar, en la medida de lo posible, los obstáculos arquitectónicos, de transporte y comunicaciones que existan, con la finalidad de facilitar el acceso y uso para las personas con discapacidad.

Lo anterior es recogido por los Principios y buenas practicas para la protección de las personas privadas de libertad en las Américas al disponer el Principio PXII.1, relativo al albergue que las instalaciones donde sean albergadas personas privadas de libertad deberán tomar en cuenta las necesidades especiales de las personas (…) portadoras de discapacidad.

Muchos de los establecimientos penitenciarios chilenos son edificios o instalaciones que no fueron diseñados originalmente para tales funciones o son sumamente antiguos, en los cuales no se contemplan instalaciones que satisfagan las necesidades especiales de movilidad y acceso de personas con discapacidad física, a pesar de que la normativa penitenciaria nacional (artículo 13 letra f) contempla como un criterio orientador en la creación de los establecimientos penitenciarios las especiales medidas de seguridad o de salud que la situación de determinados internos haga necesaria.

11.3.3.3. Discapacidad Mental

Las condiciones de encarcelamiento pueden tener profundos efectos sobre el bienestar mental de los reclusos. Las administraciones penitenciarias deben buscar el modo de reducir dichos efectos, así como establecer procedimientos para supervisar su impacto en los reclusos. Deben adoptarse medidas para identificar a aquellos reclusos susceptibles de autolesionarse o suicidarse. El personal deberá ser adecuadamente capacitado para reconocer los indicios de potenciales autolesiones. Aquellos reclusos a quienes se les diagnostique una enfermedad mental no deben ser mantenidos en prisión, sino trasladados a un centro psiquiátrico debidamente equipado (Coyle; 2009: 52). En la misma línea se encuentran las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos al disponer que aquellos reclusos a quienes se les diagnostique una enfermedad mental no deben ser mantenidos en prisión, sino trasladados a un centro psiquiátrico debidamente equipado (Regla 22). Estas Reglas son complementadas por las

Reglas de Bangkok que especifican que "se pondrán a disposición de las reclusas con necesidades de atención de salud mental, en prisión o en un entorno no carcelario, programas amplios de atención de salud y rehabilitación individualizados, que tengan en consideración las cuestiones de género y estén habilitados para el tratamiento de los traumas" (Regla 12). Adicionalmente, esta norma refuerza la importancia de sensibilizar al personal penitenciario sobre los posibles momentos de especial angustia para las mujeres, a fin de que pueda reaccionar correctamente ante esta situación y prestarles el apoyo correspondiente (Regla 13).

En materia de discapacidad mental se destacan dos instrumentos internacionales de protección: la Declaración de Caracas adoptada en noviembre de 1990 por aclamación por la Conferencia de reestructuración de la atención psiquiátrica en américa latina, en Caracas, Venezuela y los Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental, adoptados por la Asamblea General en su resolución 46/119, de 17 de diciembre de 1991.

El primero de los instrumentos proclama que los recursos, cuidados y tratamiento provistos deben salvaguardar, invariablemente, la dignidad personal y los derechos humanos y civiles de las personas con discapacidad mental; estar basados en criterios racionales y técnicamente adecuados y propender a la permanencia del enfermo en su medio comunitario. Instan a los estados a ajustar sus legislaciones de manera que aseguren el respeto de los derechos humanos y civiles de los enfermos mentales.

En cuanto a los Principios, se destacan a continuación aquellos de mayor pertinencia con la defensa de personas privadas de libertad que pudieren ser portadoras de alguna discapacidad mental.

Libertades fundamentales y derechos básicos (Principio 1):

1. Todas las personas tienen derecho a la mejor atención disponible en materia de salud mental, que será parte del sistema de asistencia sanitaria y social. 2. Todas las personas que padezcan una enfermedad mental, o que estén siendo atendidas por esa causa, serán tratadas con humanidad y con respeto a la dignidad inherente de la persona humana.
5. Todas las personas que padezcan una enfermedad mental tendrán derecho a ejercer todos los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales reconocidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y otros instrumentos pertinentes, tales como la Declaración de los Derechos de los Impedidos y el Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión.

Normas de la atención (Principio 8):

1. Todo paciente tendrá derecho a recibir la atención sanitaria y social que corresponda a sus necesidades de salud y será atendido y tratado con arreglo a las mismas normas aplicables a los demás enfermos.
2. Se protegerá a todo paciente de cualesquiera daños, incluida la administración injustificada de medicamentos, los malos tratos por parte de otros pacientes, del personal o de otras personas u otros actos que causen ansiedad mental o molestias físicas.

Delincuentes (Principio 20):

1. El presente principio se aplicará a las personas que cumplen penas de prisión por delitos penales o que han sido detenidas en el transcurso de procedimientos o investigaciones penales efectuados en su contra y que, según se ha determinado o se sospecha, padecen una enfermedad mental.
2. Todas estas personas deben recibir la mejor atención disponible en materia de salud mental, según lo estipulado en el principio 1 supra. Los presentes Principios se aplicarán en su caso en la medida más plena posible, con las contadas modificaciones y excepciones que vengan impuestas por las circunstancias. Ninguna modificación o excepción podrá menoscabar los derechos de las personas reconocidos en los instrumentos señalados en el párrafo 5 del principio 1 supra.
3. La legislación nacional podrá autorizar a un tribunal o a otra autoridad competente para que, basándose en un dictamen médico competente e independiente, disponga que esas personas sean internadas en una institución psiquiátrica.
4. El tratamiento de las personas de las que se determine que padecen una enfermedad mental será en toda circunstancia compatible con el principio 11 (consentimiento para el tratamiento).

Vigilancia y recursos (Principio 22):

Los Estados velarán por que existan mecanismos adecuados para promover el cumplimiento de los presentes Principios, inspeccionar las instituciones psiquiátricas, presentar, investigar y resolver quejas y establecer procedimientos disciplinarios o judiciales apropiados para casos de conducta profesional indebida o de violación de los derechos de los pacientes.

De acuerdo con el Principio 20.3, el artículo 482 del Código Procesal Penal dispone, respecto de condenados que cayeren en enajenación mental después de dictada la sentencia, que el tribunal, oyendo al fiscal y al defensor, dictará una resolución fundada declarando que no se deberá cumplir la sanción restrictiva o privativa de libertad y dispondrá, según el caso, la medida de seguridad que correspondiere. El tribunal velará por el inmediato cumplimiento de su resolución.

Las medidas de seguridad que pueden imponerse, según la gravedad del caso, son la internación en un establecimiento psiquiátrico o su custodia y tratamiento. Se dispone,

asimismo, que en ningún caso la medida de seguridad podrá llevarse a cabo en un establecimiento carcelario. Si la persona se encontrare recluida, será trasladada a una institución especializada para realizar la custodia, tratamiento o la internación. Si no lo hubiere en el lugar, se habilitará un recinto especial en el hospital público más cercano. La internación se efectuará en la forma y condiciones que se establecieren en la sentencia que impone la medida. Cuando la sentencia dispusiere la medida de custodia y tratamiento, fijará las condiciones de éstos y se entregará al enajenado mental a su familia, a su guardador, o a alguna institución pública o particular de beneficencia, socorro o caridad (artículo 457 del Código Procesal Penal).

11.3.4. Personas lesbianas, gays, bisexuales, transgénero e intersex (LGBTI)

La orientación sexual es una cualidad esencial del ser humano que implica aceptar, reconocer y vivir como persona heterosexual, gay, lesbiana, o bisexual (SIECUS, 2001). La orientación sexual y la identidad de género son fundamentales para la dignidad de toda persona, según lo reconocen los "*Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la legislación internacional de los derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género*" (Principio 9), elaborados por un panel internacional de 29 especialistas en derechos humanos, en la ciudad de Yogyakarta (Indonesia), en marzo 2007.

A pesar de que la comunidad LGBTI es identificada como una unidad, cada colectivo presenta características específicas. En nuestra sociedad muchos son los imaginarios y muy escaso el conocimiento que se tiene en torno a lo que significa ser gay, lesbiana, bisexual, transexual e intersexual. A continuación se entrega una definición sobre cada término (APPR, 2008):

- Gay: Designa a las personas cuyo deseo afectivo y erótico se dirige o materializa con personas de su mismo sexo-género, en este caso la atracción de un hombre hacia un hombre.
- Lesbiana: Designa a las personas cuyo deseo afectivo y erótico se dirige o materializa con personas de su mismo sexo-género, en este caso la atracción de una mujer hacia una mujer.
- Bisexual: Designa a las personas cuyo deseo afectivo y erótico se dirige o materializa tanto con personas de su mismo sexo-género como con personas de sexo-género distinto al propio.
- Transexual: Una persona transexual es aquella que encuentra que su identidad sexual está en conflicto con su sexo. El deseo de modificar las características sexuales externas que no se corresponden con el género con el que se sienten identificadas, lleva a estas personas a pasar por un proceso llamado de transición para adaptar su cuerpo al género al cual se sienten pertenecientes.
- Travesti: Designa a una persona de determinado género biológico que acostumbra utilizar la vestimenta socialmente asignada al género opuesto. La principal diferencia

entre el travestismo y la transexualidad es que en el primero la discordancia existe entre el género y los roles sociales asignados, mientras que en la transexualidad, existe una discordancia entre la identidad de género propia y el género biológico, por lo que buscan, mediante cirugías y tratamientos hormonales, acercarse a la identidad de género con lo que se sienten identificados.

- Intersexual: Cuerpo en el que la diferenciación sexual en cualquiera de los tipos de sexo no se alcanza a plenitud. En este caso se incluye lo que se ha denominado como: síndrome de disgenesia gonadal mixta o asimétrica, seudohermafroditismo masculino, seudohermafroditismo femenino, hermafroditismo verdadero, síndrome de testículos rudimentarios, hiperplasia adrenal congénita y el síndrome de feminización testicular.

Otro concepto comúnmente utilizado es el de transgénero y corresponde a individuos que expresan su género de formas poco "*apropiadas*" para la sociedad. Su transgresión puede expresarse en la manera de vestirse, en manerismos, hasta en el uso de tratamientos de hormonas y cirugías de reconstrucción de los órganos genitales o de las características sexuales secundarias, buscando con ello sentirse congruente con la propia construcción de su género. La elección de identificarse como transgénero (o transexual) se refiere a la expresión del género por la propia persona y no en el sexo (imaginado o actual) que la persona escoja para sus relaciones íntimas. Las personas transgénero se pueden identificar como lesbianas, gays, bisexuales o heterosexuales, lo que puede cambiar con el tiempo (Fassinger & Arseneau, 2007). Por lo tanto, puede afirmarse que se trata de un término sombrilla utilizado para describir a las personas cuya identidad de género o expresión de género difiere del que está usualmente asociado con su sexo de nacimiento (APA, 2007).

Todos las personas que se identifiquen con alguno de los conceptos descritos son sujeto de derechos debiendo respetarse su identidad sexual diferente a la heterosexual. Todos tienen derecho a expresarse libremente, trabajar, formar y tener una familia como cualquier otro individuo.

Los Principios de Yogyakarta determinan una serie de estándares internacionales relativos a este colectivo, los que están descritos como recomendaciones a los Estados, y están directamente relacionados a la privación de libertad (Principio 9). Así, se puede entender que los Estados:

i. Asegurarán que la detención evite una mayor marginación de las personas con base a su orientación sexual o identidad de género o las exponga al riesgo de sufrir violencia, malos tratos o abusos físicos, mentales o sexuales.
ii. Proveerán a las personas detenidas de un acceso adecuado a atención médica y consejería apropiada a sus necesidades, reconociendo cualquier necesidad particular con base en su orientación sexual o identidad de género, incluso en lo que

respecta a salud reproductiva, acceso a información sobre el VIH/SIDA y la terapia correspondiente, y a terapia hormonal o de otro tipo, como también a tratamientos para reasignación de género si ellas los desearan.

iii. Garantizarán que, en la medida que sea posible, todas las personas privadas de su libertad participen en las decisiones relativas al lugar de detención apropiado de acuerdo a su orientación sexual e identidad de género.

iv. Establecerán medidas de protección para todas las personas privadas de su libertad que resulten vulnerables a la violencia o los abusos por causa de su orientación sexual, identidad de género o expresión de género y asegurarán que dichas medidas no impliquen más restricciones a sus derechos de las que experimenta la población general de la prisión, en la medida en que esto pueda llevarse razonablemente a la práctica.

v. Asegurarán que las visitas íntimas, donde estén permitidas, sean otorgadas en igualdad de condiciones para todas las personas presas y detenidas, con independencia del sexo de su pareja.

vi. Estipularán el monitoreo independiente de los establecimientos de detención por parte del Estado, como también de organizaciones no gubernamentales, incluyendo aquellas que trabajan en los ámbitos de orientación sexual y la identidad de género.

vii. Emprenderán programas de capacitación y sensibilización, dirigidos al personal penitenciario y a todos los otros funcionarios y funcionarias del sector público y privado involucrados en los establecimientos de detención sobre las normas internacionales de derechos humanos y los principios de igualdad y no discriminación, incluidos los referidos a la orientación sexual y la identidad de género.

En representación de los Estados, las autoridades penitenciarias no pueden desconocer la situación de mayor vulnerabilidad en la que se encuentran las personas pertenecientes al colectivo LGTBI al interior de los establecimientos penitenciarios. Es por ello que deben adoptar medidas que entreguen una especial protección a estos colectivos a fin de que puedan ejercer su orientación sexual y su identidad de género sin ningún riesgo de vulneración.

11.3.5. Mujeres y niños lactantes

La situación de las mujeres privadas de libertad tradicionalmente ha sido abordada en relación a la necesidad de no discriminación, reglamentando el uso de los espacios físicos (infraestructura) y definiendo las condiciones de custodia (respecto de funcionarios del mismo sexo, acceso a actividad laboral propia de su sexo, etc.), poniendo énfasis especial en la protección de la maternidad.

Con la emisión de las Reglas de Bangkok, el 21 de diciembre de 2010, se complementan las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos y las Reglas de Tokio (Reglas de Naciones Unidas sobre medidas no privativas de libertad) con el objetivo de aclarar

y perfeccionar las disposiciones contenidas en estas normas internacionales, para con ello mejorar la situación de las mujeres, sus hijos y la colectividad. De esta forma las 70 reglas contenidas en esta norma abordan aspectos relacionados a la vivencia de las mujeres dentro del sistema de justicia penal, tal como fue mencionado en el Capítulo 1, en el apartado sobre Perspectiva de Género.

Estas normas refieren que el régimen penitenciario permitirá reaccionar con flexibilidad ante las necesidades de las mujeres embarazadas, las madres lactantes y las mujeres con hijos. En las prisiones se habilitarán servicios o se adoptarán disposiciones para el cuidado del niño, a fin de que las reclusas puedan participar en las actividades de la prisión (42.1). Además de ello, se procurará, en particular, establecer programas apropiados para las embarazadas, las madres lactantes y las reclusas con hijos (42.2).

Entre las categorías especiales de mujeres privadas de libertad, en calidad de condenadas, las Reglas de Bangkok se ocupan de las mujeres embarazadas, con hijos lactantes o en edad pre-escolar. En estos casos, la norma indica que este grupo recibirá asesoramiento sobre su salud y dieta en el marco de un programa que elaborará y supervisará un profesional de la salud. Se suministrará gratuitamente a las embarazadas, los bebés, los niños y las madres lactantes alimentación suficiente y puntual, en un entorno sano en que exista la posibilidad de realizar ejercicios físicos habituales (Regla 48.1). Por otra parte, no se impedirá que las reclusas amamanten a sus hijos, a menos que existan razones sanitarias concretas para ello (Regla 48.2). Ello se complementa a afirmar que en los programas de tratamiento se tendrán en cuenta las necesidades médicas y de alimentación de las reclusas que hayan dado a luz recientemente y cuyos bebés no se encuentren con ellas en la prisión (Regla 48.3).

Un aspecto relevante a considerar es que toda decisión de permitir que los niños permanezcan con sus madres en la cárcel se basará en el interés superior del niño. Los niños que se encuentren en la cárcel con sus madres nunca serán tratados como reclusos (Regla 49). Por lo mismo, se brindará a las reclusas cuyos hijos se encuentren con ellas el máximo de posibilidades de dedicar su tiempo a ellos (Regla 50) y que puedan disponer de servicios permanentes de atención de salud, y su desarrollo será supervisado por especialistas, en colaboración con los servicios de salud de la comunidad (Regla 51.1). En síntesis, en la medida de lo posible, el entorno previsto para la crianza de esos niños será el mismo que el de los niños que no viven en centros penitenciarios (Regla 51.2).

El egreso del niño es un momento en el que se manifiesta especial tensión y estrés para la mujer privada de libertad, pues debe permitir que su hijo o hija sea derivado a un hogar fuera del recinto penal. Las decisiones respecto del momento en que se debe separar a un hijo de su madre se adoptarán en función del caso y teniendo presente el interés superior del niño con arreglo a la legislación nacional pertinente (Regla 52.1).

Toda decisión de retirar al niño de la prisión debe adoptarse con delicadeza, únicamente tras comprobarse que se han adoptado disposiciones alternativas para su cuidado y, en el caso de las reclusas extranjeras, en consulta con los funcionarios consulares (Regla 52.2). En caso de que se separe a los niños de sus madres y sean puestos al cuidado de familiares o de otras personas u otros servicios para su cuidado, se brindará a las reclusas el máximo posible de posibilidades y servicios para reunirse con sus hijos, cuando ello redunde en el interés superior de estos y sin afectar el orden público (Regla 52.3).

Adicionalmente a estas Reglas, se debe tomar en consideración lo estipulado en otras normas internacionales, como es el caso de la CADH que establece que la pena no puede trascender de la persona del delincuente (artículo 5.3), y en su artículo 19 indica que todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos en su Observación General n°28 sobre igualdad de derechos entre hombres y mujeres (artículo 3) refiere que "*las mujeres embarazadas que estén privadas de libertad deben ser objeto de un trato humano y debe respetarse su dignidad inherente en todo momento, y en particular durante el alumbramiento y el cuidado de sus hijos recién nacidos. Los estados partes deben indicar qué servicios tienen para garantizar lo que antecede y qué formas de atención ofrecen a esas madres y a su hijos*".

El Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, en el Principio 5 resguarda el derecho a la no discriminación de ninguna índole. No obstante, establece que las medidas que se apliquen con arreglo a la ley y que tiendan a proteger exclusivamente los derechos y la condición especial de la mujer, en particular de las mujeres embarazadas y las madres lactantes, los niños y los jóvenes, etc., no se considerarán discriminatorias.

Una norma mucho más específica en la protección de los niños, niñas y adolescentes, como la Convención sobre Derechos del Niño (CDN), establece en su artículo 2° que los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la misma y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción sin distinción alguna, independientemente de la raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres, o sus representantes legales. Asimismo, se tomarán todas las medidas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.

En la misma línea, el artículo 3 de la Convención establece 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. El numeral segundo de este artículo dice que los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas necesarias.

En relación más estrecha con la situación de privación de libertad, el artículo 9 de la Convención sobre derechos del niño, sostiene que los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Cuando la separación sea el resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte, de uno de los padres del niño o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará cuando se les 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.

La Convención sobre los Derechos del Niño ha significado un gran avance en su materia. No obstante aún subsisten en ella vestigios de falta de equidad, que se advierten en el propio nombre de la Convención.

En Chile, el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios indica (artículo 19) que los establecimientos penitenciarios destinados a la atención de mujeres se denominan Centros Penitenciarios Femeninos (C.P.F.) y en ellos existirán dependencias que contarán con espacios y condiciones adecuados para el cuidado y tratamiento pre y postnatal, así como para la atención de hijos lactantes de las internas. En aquellos lugares en que no existan estos Centros, las internas permanecerán en dependencias separadas del resto de la población penal, sin perjuicio de que se incorporen a actividades conjuntas con la población penal masculina. Toda vez que ingrese una interna con hijos lactantes, el Jefe del Establecimiento deberá comunicar de inmediato este hecho al Servicio Nacional de Menores para los efectos de la respectiva subvención y de los programas o medidas que dicha Institución deberá desarrollar para el adecuado cuidado de los niños. En los establecimientos en que se ejecute un contrato de concesiones, se estará además a lo que éste establezca respecto del cuidado, residencia y atención del lactante.

En 1998, Gendarmería de Chile y el Servicio Nacional de Menores (SENAME) celebraron el Convenio Programa Albergue Provisorio para Lactantes, destinado al mejoramiento de la calidad de vida de los niños/as que residen al interior de los recintos penitenciarios y cuyas madres se encuentran recluidas. No obstante, es en 2005 que se aprueba el Convenio "*RPR– Residencias Transitorias para niños/as con sus Madres Privadas de*

Libertad", entre SENAME y Gendarmería de Chile, con la meta de implementar las Residencias en todas los Centros Penitenciarios Femeninos (CPF) y unidades que alberguen a mujeres y sus hijos lactantes.

A diciembre de 2010 un total de 155 niños y 63 internas embarazadas eran atendidos en las Residencias.

11.3.6. Jóvenes

Sobre la Defensoría Penal Pública y la defensa especializada de adolescentes.

La incorporación de la Convención sobre Derechos del Niño (CDN) a nuestro ordenamiento jurídico, impone al estado el deber de asegurar el respeto de los derechos de todos los niños y niñas sin distinción de ningún tipo, para lo cual debe proteger a todos de la discriminación. Asimismo, en toda medida que se adopte respecto de las personas menores de edad una consideración fundamental a la que debe atenderse es el interés superior del niño, que se expresa en el reconocimiento y respeto de sus derechos. La CDN comienza, así, a superar la histórica consideración de los niños como absolutamente dependientes de sus padres o adultos y consagra el principio de la autonomía progresiva del niño en el ejercicio de sus derechos, que sin negar los derechos, deberes y responsabilidades de los padres o familia en el cuidado, educación y desarrollo de los niños, entiende que dichas funciones deben orientarse a que el niño, en la medida de la evolución de sus facultades, ejerza los derechos que se le reconocen. Por lo mismo, la CDN establece verdaderas derechos de participación de los niños: el derecho a expresar su opinión en todos los asuntos que le afecten, el derecho a ser oído en todo procedimiento judicial o administrativo que le concierna, el derecho a la libertad de expresión, el derecho del niño a la libertad de pensamiento, conciencia y de religión, en fin, el derecho a la libertad de asociación y a la libertad de celebrar reuniones pacíficas. A mayor abundamiento la CDN contiene un amplio catálogo enunciativo de derechos que busca asegurar la vida, la supervivencia y el desarrollo de los niños, niñas y adolescentes.

Dentro del catálogo de derechos que se reconocen en la CDN, un grupo importante de ellos son los referidos a los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes. La CDN señala que ellos tiene derecho a ser tratados de una manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tenga en cuenta la edad del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad. Con tal fin, se garantiza la presunción de inocencia y las básicas garantías del debido proceso, así como la necesidad de establecer un sistema de justicia especializada en el que la privación de libertad sea el último recurso y por el menor tiempo que proceda.

La CDN obligó al Estado chileno a modificar el sistema de respuesta que se tenía frente a las infracciones a la ley penal cometidas por menores de edad: el sistema que nos

rigió desde el año 1928, si bien pretendía la protección de los menores de edad infractores de ley a través de la adopción de medidas que tendieran a su rehabilitación, la verdad es que no consideraba al niño o adolescente como un sujeto de derechos, por lo cual dichas medidas se adoptaban en un procedimiento que no respetaba el debido proceso y, como consecuencia, a los menores de edad no se les reconocía el derecho a defensa y había una utilización excesiva de la privación de libertad.

El Estado chileno, siguiendo la tendencia internacional sobre esta materia decidió modificar nuestra legislación y adoptar una sistema de responsabilidad penal juvenil, que se basa en la idea de que los jóvenes son sujetos de derechos y como tales pueden responder por sus actos aunque esta respuesta debe ser adecuada a la edad y etapa de desarrollo en la que se encuentran. Es decir, los adolescentes pueden ser declarados culpables y condenados por los delitos que cometan, aunque como decíamos, respondiendo de una manera diferente a la de los adultos. Como contrapartida se asegura a los adolescentes garantías penales y procesales como el principio de inocencia, el debido proceso, el derecho a defensa y, concreto, a contar con un abogado que represente sus intereses y derechos en el proceso que se dirija en su contra y, también durante la eventual condena que se le imponga.

El 8 de junio de 2007, entró en vigencia la Ley N° 20.084, que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal (LRPA). Esta ley regula la responsabilidad penal de los adolescentes por los delitos que cometan, el procedimiento para la averiguación y establecimiento de dicha responsabilidad, la determinación de las sanciones procedentes y la forma de ejecución de éstas, entendiendo por adolescentes a quienes al momento en que se hubiere dado principio de ejecución del delito sean mayores de 14 y menores de 18 años.

Lo anterior implicó un desafío importantísimo para la Defensoría Penal Pública, cual es cumplir el mandato legal de garantizar la especialización de los servicios de defensa penal para todos aquellos adolescentes imputados de cometer un delito que lo requieran, defensa que se presta desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra y hasta la completa ejecución de la sentencia. Este desafío no sólo lo es en materia de gestión, sino que, también, en cuanto a la especialidad técnica de dicha defensa: la función y requerimientos técnicos del defensor penal juvenil, los aspectos críticos en la defensa especializada de adolescentes, estándares de la defensa penal juvenil, organización y cobertura de la defensa especializada, atención a testigos e imputados y apoyo psicosocial a la defensa penal juvenil, se constituyeron en temas de primera preocupación.

La Convención sobre los Derechos del Niño, la LRPA y su Reglamento, generan un marco jurídico que pretende constituirse en un sistema especial que se diferencie de la reacción penal diseñada y aplicada a los adultos. Tal es el fundamento de los artículos 29 y 30 de dicha ley, que establecen que los operadores más relevantes del nuevo sistema deberán estar capacitados en los estudios e información criminológica vinculada

a la ocurrencia de estas infracciones, en la Convención de los Derechos del Niño, en las características y especificidades de la etapa adolescente y en el sistema de ejecución de sanciones establecidos en la nueva ley. Este *corpus juris* debe ser interpretado y una de las labores de los defensores es proponer una interpretación jurídica que favorezca esta reacción especial y distinta. Así, la defensa especializada de los adolescentes, la entendimos, desde sus inicios, como un elemento fundamental en la construcción de un sistema de justicia juvenil adecuado a la Convención sobre Derechos del Niño.

Por esta opción institucional de cumplir a cabalidad las exigencias de este marco jurídico especial, es que la defensa de adolescentes, aún y especialmente en la etapa de ejecución de la sentencia, no forma parte de nuestra defensa penitenciaria, sino que de un tipo de defensa especializada diferente que hemos denominado la defensa penal juvenil.

11.3.7. VIH y enfermedades crónicas

El VIH/SIDA es una enfermedad grave que puede generar diversos problemas en contextos de privación de libertad, tales como discriminación contra quienes la adolecen o una emergencia sanitaria tomando en cuenta la sobrerrepresentación de personas con VIH al interior de las cárceles. Es por ello, que deben generarse las condiciones adecuadas para porporcionar condiciones de protección para esta población así como para hacer una gestión sanitaria eficiente que resguarde el bienestar de toda la comunidad al interior de una prisión.

La Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito ha definido los "*Principios generales de la prevención y la atención del VIH/SIDA en las cárceles*", en un documento conformado por 11 principios que entregan orientaciones claras a los sistemas carcelarios para que elaboren y apliquen respuestas eficaces al VIH/SIDA en los establecimientos penitenciarios. Los principios se describen a continuación:

1. Una buena salud en la cárcel es sinónimo de buena salud pública: la inmensa mayoría de los detenidos se reintegran a la vida de la sociedad. Por consiguiente, es importante reducir la transmisión del VIH en la cárcel para limitar la transmisión de la infección en el resto de la sociedad.
2. Un detenido en buena salud supone una buena gestión penitenciaria: proteger y promover la salud de los detenidos además de redundar en beneficio de los propios detenidos aumenta el nivel sanitario en el lugar de trabajo y la seguridad del personal carcelario.
3. Respeto de los derechos humanos y el derecho internacional: respetar los derechos de las personas que corren el riesgo de contraer el VIH/SIDA o de infectarse por esta enfermedad es una buena política de salud pública, conforme a las exigencias en materia de derechos humanos. Por consiguiente, los Estados tienen la obligación de establecer y aplicar leyes, políticas y programas destinados al medio

penitenciario, compatibles con las normas de los derechos humanos internacionales.

4. Adhesión a las normas internacionales y directrices sanitarias: las normas y reglas establecidas en los instrumentos internacionales de derechos humanos y en las directrices de salud públicas reconocidos, deben orientar la elaboración de las respuestas al problema del VIH/SIDA en las cárceles.
5. Principio de equivalencia para la atención sanitaria en la cárcel: los detenidos tienen derecho, sin discriminación a una norma de atención de salud equivalente a la disponible en la comunidad en general, incluidas las medidas preventivas.
6. Intervenciones basadas en hechos comprobados: la elaboración de las políticas, la legislación y los programas destinados a los medios penitenciarios deben basarse en pruebas empíricas de su eficacia para la reducción de los riesgos de la transmisión del VIH y la mejora del estado de salud de los detenidos.
7. Enfoque holístico de la salud: el VIH/SIDA es solamente uno de los numerosos desafíos complejos en materia de atención de salud —frecuentemente relacionados entre sí— a que se ven confrontados el personal de los centros de detención y los detenidos. Por consiguiente, es preciso que los esfuerzos globales encaminados a reducir la transmisión del VIH en las cárceles y a prodigar cuidados a las personas infectadas estén integrados en un marco de medidas más amplio, para abordar las deficiencias de las condiciones generales de encarcelamiento y la atención de salud.
8. Abordaje de la vulnerabilidad, la estigmatización y la discriminación: los programas y servicios de VIH/SIDA deben responder a las necesidades singulares que experimentan las poblaciones vulnerables o minoritarias en el sistema carcelario, además de combatir la estigmatización y la discriminación relacionadas del VIH/SIDA.
9. Cooperación y acción conjunta, inclusiva e intersectorial: si bien incumbe a las autoridades carcelarias un papel esencial en la aplicación de medidas y estrategias eficaces para aportar una respuesta al VIH/SIDA, se necesita asimismo la cooperación y acción conjunta en que se coordinan el mandato y la responsabilidad respectiva de las diversas partes interesadas a nivel local, nacional e internacional.
10. Vigilancia y control de la calidad: sería preciso alentar la realización de exámenes y evaluaciones del control de la calidad con carácter periódico —incluida la vigilancia independiente— de las condiciones de detención y los servicios de salud penitenciarios, como parte integrante de los esfuerzos encaminados a prevenir la transmisión del VIH en las cárceles y prodigar cuidados a los detenidos que viven con el VIH/SIDA.
11. Reducción de la población carcelaria: la superpoblación de las cárceles va en detrimento de los esfuerzos por mejorar el nivel de vida y los servicios de atención de salud en los centros penitenciarios, así como de la prevención de la transmisión de la infección por el VIH entre los detenidos. Por consiguiente, una estrategia global del VIH/SIDA en las cárceles debería ir acompañada de una reducción de la población carcelaria y del hacinamiento, como componente de la misma. En la respuesta de cada país al VIH/SIDA en las cárceles influyen condiciones económicas

y sociales, así como tradiciones culturales, sociales y religiosas. Sin embargo, estas condiciones nacionales y locales no restringen las obligaciones de los gobiernos ni los eximen del cumplimiento de las normas internacionales reconocidas en materia de reclusión carcelaria, salud y derechos humanos.

Adicionalmente a la definición de los Principios mencionados, la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (2007) identifica las normas del derecho internacional que establecen obligaciones, compromisos y recomendaciones sobre el VIH/SIDA, en relación a la privación de libertad y la salud en las cárceles, las que se listan a continuación:

- Declaración Universal de Derechos Humanos [1948].
- Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos [1955].
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [1966].
- Principios de ética médica aplicables a la función del personal de salud, especialmente los médicos, en la protección de las personas presas o detenidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes [1982].
- Principios básicos de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos [1990].
- Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión [1988].
- Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para las sanciones no privativas de libertad (Reglas de Tokio) [1990].
- Directrices de la Organización Mundial de la Salud sobre la infección por el VIH y el SIDA en las cárceles [1993].
- Declaración sobre el VIH/SIDA en las cárceles del Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA (ONUSIDA) [abril de 1996]
- Recomendación Nº R (98)7 del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre Ethical and Organisational Aspects of Health Care in Prisons [Consejo de Europa: abril de 1998].
- Directrices internacionales sobre el VIH/SIDA y los derechos humanos [1998].
- Declaración de Edimburgo de la Asociación Médica Mundial sobre las condiciones carcelarias y la transmisión de la tuberculosis y de otras enfermedades contagiosas [octubre de 2000].
- Declaración de compromiso en la lucha contra el VIH/SIDA (Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas) [período extraordinario de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA, junio de 2001].
- Prison, Drugs and Society: A consensus Statement on Principles, Policies and Practices [OMS Europa/Grupo Pompidou: Grupo de Cooperación para Combatir el Uso Indebido y el Tráfico Ilícito de Drogas —del Consejo de Europa; septiembre de 2001].
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas: vigésimo segundo período de sesiones, Ginebra: Observación general sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud [2002].

- Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT sobre el VIH/SIDA y el mundo del trabajo [2002].
- Declaración de Varsovia: A Framework for Effective Action on HIV/AIDS and Injecting Drug Use (Marco para una acción eficaz sobre el VIH/SIDA y la toxicomanía) [noviembre de 2003].
- Declaración de Moscú: Prison Health as part of Public Health (La salud en la cárcel como parte de la salud pública) [OMS: octubre de 2003].
- Declaración de Dublín sobre el VIH/SIDA en las prisiones de Europa y Asia Central [febrero de 2004].
- Policy Brief: Reduction of HIV Transmission in Prisons [OMS/ ONUSIDA: 2004].
- Policy Statement on HIV Testing [ONUSIDA /OMS: 2004].
- Substitution maintenance therapy in the management of opioid dependence and HIV/AIDS prevention [OMS/ONUDD/ ONUSIDA: 2004].
- Effectiveness of sterile needle and syringe programming in reducing HIV/AIDS among injecting drug users: Evidence for action technical paper [OMS: 2004].
- Recomendación —Rec (2006)2— del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre el Reglamento de Prisiones Europeo [Consejo de Europa: enero de 2006].

Complementando la lista, se debe mencionar a las Reglas de Bangkok que sanciona la necesidad de prevenir, tratar, atender y apoyar a las personas con VIH al interior de las cárceles. Así, la Regla 14 indica que al preparar respuestas ante el VIH/SIDA en las instituciones penitenciarias, los programas y servicios deberán orientarse a las necesidades propias de las mujeres, incluida la prevención de la transmisión de madre a hijo. En ese contexto, las autoridades penitenciarias deberán alentar y apoyar la elaboración de iniciativas sobre la prevención, el tratamiento y la atención del VIH, como la educación por homólogos.

Respecto del VIH en establecimientos penitenciarios existen situaciones de riesgo que deben preverse: limitaciones en la entrega de antirretrovirales y medicamentos para el tratamiento de la enfermedad (universalidad), prácticas de aislamiento (discriminación), incorporación de este grupo en talleres laborales o educativos (limitaciones en la confidencialidad, pues la información no se reserva).

Chile firmó, en 2007, un Convenio de Cooperación Marco entre Gendarmería de Chile y el Ministerio de Salud para la Prevención del VIH/SIDA y la Atención de personas que viven con el VIH/SIDA. Junto con ello, se cuenta con un Programa Nacional de Prevención y Atención integral del VIH/SIDA, cuyos objetivos son diseñar y ejecutar en forma conjunta y colaborativa un programa nacional con lineamientos y acciones de prevención y atención del VIH/SIDA, desarrollando y potenciando la prevención primaria y secundaria de esta enfermedad y de las ETS, y la atención integral de las personas que viven con ella; y facilitar la asociatividad con organizaciones no gubernamentales y otras entidades en función de ampliar y profundizar la prevención y desarrollar acciones orientadas a la promoción de la salud y al auto cuidado en materia de salud sexual y reproductiva.

Bibliografía

ALMEDA SAMARANCH, Elisabet, *Corregir y castigar. El ayer y hoy de las cárceles de mujeres*, Barcelona, Ediciones Bellaterra, 2002.

— *Mujeres encarceladas*, Barcelona, Ariel, 2003.

— "Pasado y presente de las cárceles femeninas en España", *Revista de Pensamiento Social.* Nº 6. pp. 75-106. A Coruña: Universidad de A Coruña.

— "Women´s Imprisonment in Spain", *Punishment and Society*, *The International Journal of Penology,* volume 7, number 2, April 2005.pp. 183-199. London: Sage Publications.

— "Ejecución Penal y Mujer en España. Olvido, Castigo y Domesticidad" en ALMEDA SAMARANCH, Elisabet/BODELÓN, Encarna (ed.), "Mujeres y castigo. Un enfoque socio-jurídico y de género", *Colección Oñati: Derecho y Sociedad*, Madrid, Dykinson, 2007.

ARÉVALO, Marcos, *El hacinamiento, la marginación y la pena de muerte. La cárcel de Badajoz en el s. XIX*, Badajoz, 1984.

ARENAL, Concepción, *El visitador del preso,* Madrid, ACOPE, 1991.

AROCENA, Gustavo (2011), *Derecho penitenciario, discusiones actuales*, Alveroni Ediciones, Córdoba, Argentina.

ASOCIACIÓN DE PSICOLOGÍA DE PUERTO RICO - APPR (2008), Estándares para el Trabajo e Intervención en Comunidades Lesbianas, Gay, Bisexuales y Transgéneros (LGBT), disponible en Internet: http://www.asppr.net/pdf/LGBT.pdf

BASTICK, Megan/ TOWNHEAD, Laure, *Quaker United Nations Office*, 2008, http://www.icpa.ca/tools/download/1018/WiP-CommentarySMRs200806-Spanish.pdf

BARBEITO CARNEIRO, Isabel, *et al*, *Cárceles y mujeres en el siglo XVII. Razón y forma de la galera : proceso inquisitorial de San Plácido*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Instituto de la Mujer, Editorial Castalia, Madrid ,1991.

BARTOLOMÉ GUTIÉRREZ, *et al*, "Los factores de protección frente a la conducta antisocial, ¿explican las diferencias en violencia entre chicas o chicos?", *REIC,* 7/2009.

BAUGH, Susan, *et al*, "Mental Health Issues, Treatment and the Female Offender", en *Female Offenders. Critical perspectives and Effective Interventions*, Washington, 2008.

BELKNAP, Joanne, *The invisible woman: Gender, crime and justice*, Belmont, CA, 1996.

BLANCHETTE, Kelley/ BROWN, Shelley Lynn, *The Assessment and Treatment of Women Offenders An Integrative Perspective*, Chichester, 2006.

BLOOM, Barbara, "Gender-Responsive "Programming for Women Offenders: Guiding Principles and Practices", *Forum on Corrections Research*, 11, 3, 2000

BLOOM, Barbara / COVINGTON, Stehphanie, *Gendered justice: Programming for women in correctional settings,* 2000.

BLOOM, Barbara, *et al*, "Women Offenders and the Gendered Effects of Public Policy" , *Review of Policy Resarch*, vol. 21, n.1, 2004

BRADLEY, Rebekah/ DAVINO, Katrina, "Women´s perceptions of the prison environment: when prison is "the safest place I´ve ever been", *Psichology of Women Quarterly,* 26/2002.

BRAITHWAITHE, John, *Crime, Shame and Reintegration*, Cambridge, 1989.

BRAZ, Rose, *Kinder, Gentler, Gender Responsive Cages: Prison Expansion is not Prison Reform. Women, Girls and Criminal Justice* ,October/November, 2006.

BRITTON, Dana M., *Feminism in Criminology. Engendering the Outlaw,* en *Girls Women and Crime. Selected Readings,* Chesney-Lind y Pasko, California, 2003.

— *At work at the iron cage. The prison as gendered organization,* New York, 2003.

— *Gendered organizacional logic*: *Policy and practice in men´s and women´s prisons*, BRITTON, Dana M, *Gender and Prisons,* Wiltshire, 2005.

BOSWORTH, Mary, *Engendering resístance: Agency and Power in Women´s Prisons*, Aldershot, 1999.

— "Confining feminity: A history of gender, power and imprisonment", *Theorethical Criminology***,** vol 4 (3), 2000.

BERISTAIN IPIÑA, Antonio/ DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, *Cárceles de mujeres*, 1989.

CABRERA DE CÓRDOBA, Luis, *Relaciones de las cosas sucedidas en la Corte de España. Desde 1599 hasta 1614,* Madrid, 1847.

CADALSO Y MANZANO, Fernando, *Estudios penitenciarios. Presidios españoles, escuela clásica y positiva y colonias penales*, Madrid, 1893.

— *La actuación del Directorio militar en el ramo de prisiones*, Alcalá de Henares, 1924.

CAIN, Maureen, "Towards transgression: New directions in feminist Criminology", *International journal of the Sociology of Law,* 18/1990.

CAMPBELL, Anne, "Staying alive: Evolution, culture and women´s intra-sexual aggression" *Behavioural and Brain Sciences*, 22/ 1999.

CARLEN, Pat, *Women´s Imprisonment: A Study in Social Contro*l, London, 1983.

— *Introduction: Women and Punishment* en *Women and Punishment, The Struggle for Justice*, London, 2002.

— *New discourses of justification and reform for women imprisonment in England*, en *Women and Punishment, The Struggle for Justice*, CARLEN, Pat, 2002.

CARLEN, Pat / TOMBS, Jacqueline, "Reconfigurations of penality: the on going case of women´s imprisonment and reintegration industries", *Theorethical Criminology*, 10/2006.

CARLEN, Pat / WORRALL, Anne, *Analysing Women´s Imprisonment,* Devon, 2004.

CARRABINE, Eamon / LONGHURST, Brian, "Gender and Prison Organization. Some Comments on Masculinities and Prison Management", en *The Howard Journal,* vol. 37/2, 1998.

CASAS, Lidia y ESPINOZA, Olga (2006), "La perspectiva de género en la defensa de mujeres bajo el nuevo sistema procesal penal chileno", *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 62, Editora Revista dos Tribunales, São Paulo.

CASTILLO ALGARRA, Joaquina/ RUIZ GARCÍA, Marta, "Mujeres extrajeras en prisiones españolas. El caso andaluz", en *Revista Internacional de Sociología*, vol. 68, 2/ 2010.

CASTRO, Álvaro; MERA, Jorge y CILLERO, Miguel (2010), Derechos fundamentales de los privados de libertad. Guía práctica de los estándares internacionales, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago.

CEA EGAÑA, José Luis (2004), Derecho constitucional chileno, Tomo II, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago.

CECIL Dawn K, "Ceguera de género. La falta de consideración de las delincuentes femeninas por parte de la Criminología", *Derecho penal y Criminología como fundamento de la Política criminal,* Madrid, 2006.

CENTRAL EUROPEAN UNIVERSITY TEAM, *Women, Integration and Prison: An Analysis of the Processes of Socio-Labor Integration of Women Prisoners in Europe,* Work Package 8, "Comparative Report", January 2.005, Budapest. Proyecto MIP. 2005.

CENTRO DE DERECHOS HUMANOS (2013), *Personas privadas de libertad y medidas disciplinarias en Chile*, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago.

CENTRO POR LA JUSTICIA Y EL DERECHO INTERNACIONAL, CEJIL (2007), *La protección de los derechos humanos en el sistema interamericano. Guía para defensores y defensoras de derechos humanos*, Buenos Aires.

CERCÓS i RAICHS, Raquel, "Las influencias krausistas en el pensamiento de Concepción Arenal y Victoria Kent. La lucha por la reforma de las prisiones femeninas", *El largo camino hacia una educación inclusiva: la educación especial y social del siglo XIX a nuestros días* : XV Coloquio de Historia de la Educación, Pamplona-Iruñea, 29, 30 de junio y 1 de julio de 2009.

CEREZO Domínguez, Ana Isabel /GARCÍA ESPAÑA, Elisa (Coord.), *La prisión en España. Una perspectiva criminológica*, Comares, Granada, 2007.

CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, "Las prisiones de mujeres desde una perspectiva de género", *Revista General de Derecho Penal*, *Iustel,*/5, 2006.

CESANO, José y REVIRIEGO, Fernando (2010), *Teoría y Práctica de los derechos fundamentales en las prisiones*, Editorial B de F Ltda., Montevideo.

CHESNEY-LIND, Meda, "Doing feminist Criminology", *The Criminologist*, 13, 4/1988.

— *Reinventing women´s corrections* en *The Incarcerated Woman. Rehabilitative Programing in Women´s Prison´s*, New Jersey, 2003.

— "Patriarchy, Crime and Justice: Feminist Criminology in an Era of Backlash", *Feminist Criminology,* 1, 6/2006.

CHESNEY-LIND, Meda /ELIASON, Michele, "From Invisible to Incorrigible: The Demonization of Marginalized Women and Girls", *Crime Media and Culture,* vol. 2, 1/2006.

CHESNEY-LIND, Meda/ HAGUEDORN, John. M. (eds.), *Female gangs in America: Essays on gender, and gangs,* Lakeview P., 1998.

CHESNEY-LIND, Meda/ RODRÍGUEZ, Noelie, *Women under Lock and Key. A View from the Inside*, en *Girls, Women and Crime*. *Selected readings*, Chesney- Lind y Pasko, California, 2003.

Circular de la FGE relativa a los criterios de aplicación de la ley orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género.

COLMENERO MENENDEZ DE LUARCA, Miguel, "La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad tras la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003", *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 2005.

COMACK, Elizabeth, *Women in Trouble. Conecting Women´s Law Violations to their Histories of Abuse,* Halifax, 1996.

— "Producing Feminist Knowledge: Lessons from Women in Trouble" en *Theoretical Criminology, v*ol. 3, 3/1999.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2011), *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas*, OEA.

COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (1999), Observación General Nº13. El derecho a la educación, Naciones Unidad.

CORDERO, Eduardo (2010), El control jurisdiccional de la actividad de la administración penitenciaria en Informes en derecho, Doctrina Procesal Penal 2009, Nº 7, octubre 2010, Defensoría Penal Pública, Santiago.

COVINGTON, Stephanie S, *Women in prison Approaches in the treatment of our Most Invisible population*, *Breaking the rules Women in prison and feminist therapy,* Harden y Hill, New York, 1998 .

— *The Relational Theory of Women´s Psychologycal Development*, en *Female Ofender*. *Critical Perspectives and Effective Interventions,* ed. Zaplin, Massachussets, 2008.

COYLE, Andrew (2009), La Administración penitenciaria en el contexto de los derechos humanos. Manual para el personal penitenciario, Centro Internacional de Estudios Penitenciarios, Londres.

CRUELLS, Marta / TORRENS, Miriam, *Mujeres, integración y prisión. Un análisis de los procesos de integración sociolaboral de las mujeres presas en Europa. Estudio sobre la eficiencia de las medidas de inserción socio-laboral*, Octubre, 2004.

CRUELLS, Marta / TORRENS, Miriam / IGAREDA, Noelia, *Violencia contra las mujeres. Análisis de la población penitenciara femenina,* 2005.

CULLEN, Francis T, "The twelve people who saved rehabilitation: How the science of Criminology made a difference," ASC 2004 Presidential Address, Criminology, vol 43, 1, 2005.

DA CUHNA, Manuela Ivonne P, *Gendered Knowledge, Gendered prisons, Gendered identities, Género y sistema penal: una perspectiva internacional,* Faraldo Cabana (Dir) / Iglesias Skulj,(Coord.), Granada , 2010.

DALY, Kathleen, "Different Ways of Conceptualizing Sex/Gender in Feminist Theory and their Implications for Criminology", *Theoretical Criminology*, vol.1, 1/1997.

— "Women´s pathways to felony court: Feminist theories of lawbreaking and problems of representation", *Review of law and women studies,* 2/1992.

— *Gender, crime and punishment*, New Haven, 1994.

DALY, Kathleen / CHESNEY-LIND, Meda*., "*Feminism and Criminology*", Justice Quarterly, 5/ 1988.*

DANNER, Mona J.E., "Three strikes and it´s women Who are out: the hidden consequences for women of criminal justice policy reforms", MURASKIN, *Women and Justice: Its´s a Crime*, 2010.

DEHART, Dana D, "Pathways to prison. Impact of Victimization in the lives of incarcerated women", en *Violence Against Women,* vol. 14, 12/2008.

DE COU, Kate, "A gender-wise prison: opportunities for, and limits to, reform", en Pat CARLEN (ed.), Women and Punishment: The Struggle for Justice, Collompton, London, 2002.

DE Miguel Calvo, Estívaliz , "Mujeres excluidas, malas mujeres", *VII Congreso Vasco de Sociología y Ciencia Política*, UPV, 2010.

DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ, *Mujeres privadas de libertad en centros penitenciarios de Andalucía*, Sevilla, 2006.

DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, "La situación de las mujeres internadas en centros penitenciarios con hijos menores", Comunicación presentada a las *XVI Jornadas de Coordinación de Defensores del Pueblo*.

DOMÍNGUEZ ORTIZ, Antonio, "Las galeras o cárceles de mujeres de Madrid a comienzos del s. XVIII" *Anales del Instituto de Estudios Madrileños,* Madrid, 1973.

DÜNKEL, Frieder, "The forgotten minority: Women in prison in Europe- conditions of prison life, treatment and rehabilitation needs and programmes ("good practices")", ponencia presentada en la 14 *Conferencia de Directores de Administración Penienciaira (CDAP)*, Viena, 2007.

DUPRANT, Cath. "Punir et guérir. En 1819, la prison des philantrophes", aavv. "*La imposible prison*", Paris, 1980.

ECHEBURÚA ODRIOZOLA, Enrique, "Tratamiento psicológico a los hombres violentos contra la pareja", *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 2005.

EME R F., "Selective female affliction in the developmental disorders of childhood: a literature review" , *Journal of Clinical Child Psychology* , 21/1992.

ESPINOZA, Olga, PIÑOL, Diego et al. (2012), Informe final del Estudio del estudio "*Seguimiento de beneficiarios del programa tratamiento y rehabilitación en población penal adulta para la evaluación de resultados*", SENDA, Santiago.

ESPINOZA, Olga (2004), *A mulher encarcerada em face do poder punitivo*, IBCCRIM – Editora Revista dos Tribunais, São Paulo.

— (2003) "A mulher como vítima e agressora no sistema punitivo", *Revista Transdisciplinar de Ciência Penitenciaria*, v. 2, n. 1, Universidade Católica de Pelotas, Rio Grande do Sul.

— (2002) "A prisão feminina desde um olhar da Criminologia Feminista", *Revista Transdisciplinar de Ciência Penitenciaria*, v. 1, n. 1, Universidade Católica de Pelotas, Rio Grande do Sul.

FACIO, Alda y CAMACHO, Rosalía, (1993), En busca de las mujeres perdidas o una aproximación crítica a la criminología, in *Vigiladas y castigadas*, Cladem, Lima.

FASSINGER, R.E. y ARSENEAU, J.R. (2007). "I'd rather get wet than be under that umbrella": Differentiating the experiences and identities of lesbian, gay, bisexual, and transgender people. En K.J. Bieschke., R.M. Pérez, & K.A. DeBoard (Eds.), *Handbook of counseling and psychotherapy with lesbian, gay, bisexual, and transgender clients (21-23).* Washington, DC: American Psychological Association.

FERRARO, Kathleen / MOE, Angela, "*Women´s Stories of Survival and Resístance*", Women in Prison, ZAITOW y THOMAS, 2003.

FLAVIN, Jeanne, "Feminism for the Mainstream Criminology: An Invitation" en *Journal of Criminal Justice* 29/ 2001.

FIGUEROA NAVARRO, María Carmen, "*Los orígenes del penitenciarismo español*", Madrid, 2000.

FINKELHORN, David, et al, "Poly-victimization: a neglected component in child victimization", *Child abuse and neglect*, 31/ 2007, págs. 7-26. Dehart, Dana D, *Poly-Victimization Among Girls in the Juvenile Justice System. Manifestations & Assotiations to Delinquency*; The Center for Child and Familiy Studies University of South Carolina, October, 2009.

FORSYTH, Craig J / EVANS, Rhonda D, "Reconsidering the pseudo-family/gang gender distinction in Prison Research", en *Journal of Police and Criminal Psychology*, vol. 18, /2003.

FUNDACIÓN PAZ CIUDADANA (2013), Evaluación del sistema concesionado versus el sistema tradicional en la reducción de la reincidencia delictual, Banco Interamericano para el Desarrollo, disponible en internet: http://www.pazciudadana.cl/wp-content/uploads/2013/07/2013-07-02_Evaluaci%C3%83%C2%B3n-del-sistema-concesionado-versus-el-sistema-tradicional-en-la-reducci%C3%83%C2%B3n-de-la-reincidencia-delictual.pdf

GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Criminología, una introducción a sus fundamentos teóricos,* Valencia, 2007.

— "Sobre la función resocializadora o rehabilitadora de la pena", en *Cuadernos de Política criminal,* 100/ 2010, págs. 77-91.

GARCÍA VALDÉS, Carlos, "Las "casas de corrección" de mujeres: un apunte histórico" en *El nuevo Código penal: Presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Prof. Torío López,* Granada, 1999.

GARRIDO GENOVÉS, Vicente, *et al*, "What works for serious juvenile offenders? A systematic review", *Psicothema,* vol. 18, 3/2006.

GARRIDO MARTÍN, Eugenio, *et al,* "La mujer como abusadora sexual. Prevalencia del estereotipo sobre la realidad, Estudio experimental", *Derecho penal y Criminología como fundamento de la Política criminal,* GUZMÁN DÁLBORA y SERRANO MAILLO (Ed.), Madrid, 2006.

GELSTHORPE, Loraine, "Counterblast: Women and Criminal Justice: Sayinng it Again, Again and Again", *The Howard Journal*, vol 45, 4/2006.

— *Sentencing and Gender*, *What Works with women Offenders,* SHEEHAN MCLVOR Y TROTTER, Devon, 2007.

GIRSHICK, Lori B, "*Abused women and incarceration* en *Women in Prison, Gender and Social Control"*, Barbara ZAITOW y Jim THOMAS (ED.), 2003.

GOFFMAN, Erving. 1970. "Internados. Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales". Amorrortu editores, 2001, Argentina.

GOLDEN, Reny, "*War on the family: Mothers in prsion and the family they leave behind"*, New York, 2005.

GOODKIND, Sara, *et al*, "The Impact of Sexual Abuse in the Lives of Young **Women** Involved or At Risk of Involvement With the Juvenile Justice System", *Violence Against Women*, vol. 12, 5/2006.

GRAÑA GÓMEZ, José Luis, *et al*, "Evaluación de las características de menores infractores de la Comunidad de Madrid y su influencia en la planificación del tratamiento", *Psicopatología Clínica Legal y Forense,* vol. 7/2007.

GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, Alejandro, *El Código penal de 1870,* Burgos, 1872.

Guía de criterios de actuación judicial frente a la violencia de género. CGPJ 19/09/2008.

GUDJONNSSON, Gisli/SIGURDSSON, Joh F, "How frequently do false confessions occur?. An empirical study among prison inmates", *Psychology, crime &law,* vol. 1, 1/1994.

GUNNISON, Elaine y MCCARTAN, Lisa M., "Persistent versus late onset among female offenders: a test of state dependent and population heterogeneity Interpretations", *Western Criminology Review*, vol. 10, 3/2010.

HANNA- MOFFAT, Kelly, "Prisons that empower: Neo-liberal governance in Canadian women's prisons", *British Journal of Criminology,* vol 40, 3/2000.

— "*Creating Choices. Reflecting on Choices",* en Pat CARLEN (ed.), Women and Punishment: The Struggle for Justice, Collompton, London, 2002.

— "Criminogenic needs and the trasnformative risk subject", *Punishment and society,* 7/2005.

— "Pandora´s box: risk/need and gender-responsive corrections", *Criminology & Public Polic*y vol.5, 1/2006.

— "Re-imagining gendered penalties: the mytht. Of gender responsivity", *Imaginary penalties*, ed by CARLEN, Devon, 2008.

HANNEY, Linne, "Homeboys, Babies, Men in Suits. The State and The Reproduction of Male Dominance", *Gender and Prison*, Dana M Britton Ed, Wiltshire, 2005.

HEIDENSOHN, Frances, "*Women and Crime",* London, 1985.

HEFFERNAN, Esther, "Gendered perceptions of dangerous and dependent women: "Gun molls and fallen women", *Women in prison. Gender and Social Control*, London, 2003.

HEIDENHSOH, FRANCES, "Gender and Crime", *The Oxford Handbook of Criminology*, Oxford, 1997.

HENEY, Jan/ KRISTIANSEN, Connie, "An analysis of the Impact of Prison on Women Survivors of Childhood sexual Abuse", *Breaking the Rules: Women in prison and Feminist Therapy*, 1998.

HENTIG, Hans von, Die Strafe. T. II. *Die Modernen Erscheinungsformen*, Berlin, 1955.

HERNANDEZ RAMOS, Carmelo, "Aplicación práctica de los programas formativos a maltratadores en virtud de la L.O. 1/2004 de medidas de protección integral. La experiencia práctica de Alicante". Cuadernos de Derecho Judicial.

— "Implantación en las Audiencias Provinciales de las Oficinas de medidas alternativas a la prisión", Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2007.

HERRERA MORENO, Myriam, "Mujeres y Prisión", *Cuadernos de Política Criminal,* 49/1993.

— "Sobre víctimas y victimidad. Aspectos de controversia científica en torno a la condición de víctima", *Víctima, prevención del delito y tratamiento del delincuente,* GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Ed, Granada, 2009.

HERRINGTON, Victoria/ NEE, Claire, "Self-perception, masculinity and female offenders", *International Journal of Criminology,* 2005.

HETHERTON, Jacquie, "*The idealization of Women: its role in the minimization of child sexual abuse by females, Child abuse and Neglect"*, vol. 23, 2/1999.

HIPPEL,V, "Die geschichtlige Entwicklung der Freiheitstrafe", Bumke (Coords), *Deutsches Gefängniswesen* Berlin, 1928.

HORAN, Lex, "*Against a Better Prison, Gender responsiveness and the Changing Terrain of Abolition",* Wesleyan University, Connecticut, 2010.-HOWE, Adrian, "Punish and critique: Towards a feminist analysis of penality", London, 1994.

HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián (2005), *Derecho procesal penal chileno*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

HUDSON, Barbara, *Gender Issues in Penal policy and Penal Theory* en en Pat CARLEN (ed.), Women and Punishment: The Struggle for Justice, Collompton, London, 2002.

IGAREDA GONZÁLEZ, Noelia, "*Mujeres en prisión*" en CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, Las prisiones de mujeres desde una perspectiva de género", *Revista General de Derecho Penal*, nº 5, 2006

Informe de la *Comisión de Derechos de la Mujer e Igualdad de Género del Parlamento Europeo,* de 15 de febrero de 2008.

Informe "How Gender Responsive. Prisons Harm Women, Children, and Families", Instituto Nacional de Correciones, Departamento de Justicia de los EEUU, 2007.

Informe *Mujeres, integración y prisión*, SURT, Ed. Marta Cruells y Noelia Igareda, Barcelona, 2005.

JONES, Stephen, "Under pressure: Women who plead guilty to crimes they have not commited" *Criminology&Criminal Justice*, 11, 1/2011.

KENDALL, Stephen (2010), Tutela judicial efectiva en la relación jurídica penitenciaria, Librotecnia, Santiago.

KLAUS Laubenthal (2003), *Strafvollzug*, tercera edición, Editorial Springen, Alemania.

KRUTTSCHNICH ,Candace/ Vuolo, Mike, "The cultural context of wome´ns prisoner´s mental health", Punishment & Society, 9, 2/2007.

KRUTTSHNITT, Candace, *et al*, "Doing her own time? Women´s responses to prison in the context of the old and the new penology", *Criminology*, 38/2000.

LAURENZO COPELLO, Patricia, Modificaciones de derecho penal sustantivo derivadas de la Ley integral contra la violencia de género", *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid ,2006.

LAKE, E, "An exploration of the violent victim experiences of female ofender", *Violence and Victims,* 7/1993.

LASSITER, Daniel G, /MEISSNER, Christian A, *Police Interrogations and False Confessions, Current Resarch, Practice and Policy recommendations,* Washington, 2010.

LAW, Victoria, *Resistance Behind Bars. The Struggles of Incarcerated Women*, Oakland, 2009.

LEAL MEDINA, Julio, "La pena accesoria de libertad vigilada en el anteproyecto de reforma de código Penal; una respuesta de carácter preventivo frente a los delitos sexuales", *Diario La Ley*, enero de 2010.

LILLO, Rodrigo. 2010. "*El Convenio 169 de la OIT y la defensa penal de indígenas"*, minutas regionales, Defensorías Penal Pública.

LOMBROSO, Cesare/ FERRERO, Ganna, "*La donna delincuente, la prostituta e la donna normale "*, Torino, 1903.

LÓPEZ, Axel y MACHADO, Ricardo (2004), *Análisis del régimen de ejecución penal* (Fabián J. Di Plácido, editor), Buenos Aires.

LUTZE, Faith, *Ultramasculine Stereotypes and Violence*, en *Women in prison. Gender and Social Control,* London, 2003.

MAHER, Lisa, *et al*, "*Gender, Power and Alternative Living Arrangements in the Inner City Crack Culture* en *Girls, Women and Crime",* Ed. Meda Chesney-Lind y Lisa Pasko, California, 2003.

MAGRO SERVET, Vicente, "La auténtica finalidad del protocolo de reeducación contra los malos tratos", *Cuadernos de Derecho Judicial*.

MARTÍNEZ, Fernando y ESPINOZA, Olga (2009), Cárceles concesionadas en Chile ¿el camino a la privatización?, en *Revista de Debates Penitenciarios*, Área de estudios penitenciarios, Centro de Estudios en Seguridad Ciudadana, Universidad de Chile, disponible en internet:

MARTÍNEZ, Fernando (2008), *Asistencia Postpenitenciaria en Chile. Diagnóstico de la oferta pública.* RIL Editores, Santiago.

MARTINEZ PARDO, Vicente José, *La ejecución de las penas en los delitos de violencia doméstica y de género*, Aranzadi, Pamplona, 2006.

MAPELLI CAFFARENA, Borja, *Las consecuencias jurídicas del delito,* Pamplona, 2011.

MARTÍN PALOMO, Mª Teresa, *et al*, Cristina, *Delitos y fronteras. Mujeres extranjeras en prisión,* Madrid, 2005.

MARTÍNEZ GALINDO, *Galerianas, corrigendas y presas,*, Madrid, 2002.

MC CORKEL, Jill A, "Embodied surveillance and the gendering of punishment*", Gender and Prisons*, Dana M. Britton, Wiltshire, 2005.

MC DANIELS-WILSON, Cathy/ BELKNAP, Joanne, "The Extensive Sexual Violation and Sexual Abuse Histories of Incarcerated Women", *Violence Against Women,* vol. 14, 10/2008.

MC IVOR, Gill, "Women Offending and the Criminal Justice System" en FARALDO CABANA (Dir) e IGLESIAS SKULJ (Coord), *Género y sistema penal: una perspectiva internaciona,* Granada, 2010.

MC KIM, Alison, "Getting gut level". Punishment, Gender and Therapeutic Governance", *Gender&Society*, vol.22, 3/2008.

MEDINA, Cecilia y NASH, Claudio (2003), *Manual de derecho internacional de los derechos humanos para defensores penales públicos*, en Documentos Oficiales, Nº 1, Centro de Documentación, Defensoría Penal Pública, Santiago.

MEIJIDE PARDO, María Luisa, *Mendicidad, vagancia y prostitución en la España del s. XVIII,* Madrid, 1992.

MEO, Analía (1992), "El delito de las féminas", *Delito y Sociedad*, n. 2, Buenos Aires.

MIRANDA LÓPEZ, María Luisa, *el al*, "Mujeres inmigrantes en prisión articulación de las políticas penales y de extranjería en el contexto de la Unión Europea", *Cuaderno de Trabajo nº 3 (abril 2003)*.

MIR PUIG, Carlos (2012), *Derecho penitenciario. El cumplimiento de la pena privativa de libertad*.

MIER, Leonardo y BRICEÑO-DONN, Marcela (2006), *Manual Básico de DDHH para el personal penitenciario*, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los DDHH, Bogotá.

MINISTERIO DE JUSTICIA (2012), *Material de Capacitación. Nueva Ley 18.216.* División de Defensa Social. Documento de trabajo.

MIRANDA, Manuel; MARTÍNEZ, Silvia; BROWN, Migdalia y AARON, Hans (2014), *Guía Regional para la Defensa Pública y la Protección Integral de las Personas Privadas de Libertad*, AIDEF, Eurosocial, Buenos Aires.

MOFFIT ,Terri E, *et al*, *Sex differences in antisocial behaviour Conduct Disorder, Delinquency and Violence in the Dunedin Longitudional Study*, New York, 2001.

MORALES, Ana María (2012). Redescubriendo la Libertad Condicional. *Razonamiento Penal*, *2*, 179-201, Santiago.

MORESO, José Juan (2008), "Alexy y la aritmética de la ponderación", en *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ministerio de Justicia y derechos Humanos, Ecuador.

MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte General,* Tirant lo blanch, Valencia, 1998.

NAREDO MOLERO, María, "Qué nos enseñan las reclusas. La criminalización de la pobreza desde la situación de las reclusas extranjeras y gitanas", *Humanismo y Trabajo Social*, 3/2004.

NASH, Claudio. 2009. *El sistema interamericano de derechos humanos en acción. Aciertos y desafíos*. Editorial Porrúa, México 2009.

NASH, Claudio (2012), *Derecho internacional de los derechos humanos en Chile. Recepción y aplicación en el ámbito interno*, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago.

NEWTON, Carolyn, "Gender Theory and Prison Sociology: Using Theories of masculinities to interpret the sociology of prison for men en gender and prisons", DANA BRITTON Ed. Witshire, 2005-PAVARINI, Massimo, *Control y Dominación*, México, 1983.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2000), *Acciones constitucionales de amparo y protección: Realidad y prospectiva en Chile y América Latina*. Editorial Universidad de Talca, Santiago.

OATPFE, *Memoria 2009*, Disponible en http://www.tpfe.es/

OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO (2007), VIH/SIDA: Prevención, Atención, Tratamiento y Apoyo en el Medio Carcelario. Marco de acción para una respuesta nacional eficaz, Organización Mundial de la Salud y el Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA, Naciones Unidas, Nueva York.

PARENT, Colette (1992), "La contribution féministe à l´étude de la déviance en criminologie", *Criminologie*, Les Presses de l´Université de Montréal, vol. XXV, n. 2, Montréal.

— (1992), "Au-delà du silence: Les productions féministes sur la "criminalité" et la criminalisation de femmes", *Déviance et société*, Édition Médicine et Hygiène, v. 16, n. 3, Ginebra.

— (1999), *Féminisme et criminologie,* De Boeck/Les Preses de l'Université d'Ottawa, Paris/Ottawa.

PARENT, Colette y DIGNEFFE, Francoise (1994), "Pour éthique feministe de l'intervention pénale », *Revue Carrefour*. Éditions Legas, v. 16-2, Ottawa.

PENAL REFORM INTERNATIONAL (2008), *Compendio de Legislación Comparada*.

PEÑA FREIRE, Manuel (1997), *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, Editorial Trotta.

PNUD (2013), Informe Regional de Desarrollo Humano 2013 – 2014. *Seguridad Ciudadana con rostro humano: diagnóstico y propuestas para América Latina*. PNUD, New York.

POLLAK, Otto, "*The Criminality of Women*", Philadelphia, 1950.

POLLACK, Shoshana, "Tamning of the shrew: regulating prisoner through women-centered mental health programming", *Critical Criminology*, 13/2005.

— "I´m Just Not Good in Relationships: Victimization Discourses and the Gendered Regulations of Criminalized Women", *Feminist Criminology*, 2007.

— "You cant have it both ways: punishment and treatment of imprisoned women", *Journal of Progressive Human Services,* vol. 20, 2/2009.

Programa de acciones para la igualdad entre hombres y mujeres en el ámbito penitenciario, Abril, 2009.

Proyecto Barañí sobre criminalización y reclusión de mujeres gitanas en España, 2000.

QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Comentario al Código pena,* Madrid, 1946.

RADOSH, Poly F., "*Women´s crime and mothers in prison",* en *Girls Women and Crime*, CHESNEY-LIND y PASKO, California, 2004.

REDONDO ILLESCAS, Santiago, *et al*, "Tratamiento de los delincuentes y reincidencia. Una evaluación de la efectividad de los programas aplicados en Europa", *Anuario de Psicología Jurídica* ,1999.

— "Los programas psicológicos con delincuentes y su efectividad: la situación europea", *Psicothema*, vol. 14, 2002.

Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok).

RENNY, Golden, *War on the family. Mothers in prison and the children they left behind*, New York, 2005.

RIBAS, Natalia, *et al*, *Rastreando lo invisible. Mujeres extranjeras en las cárceles,* Barcelona, 2005.

RICHMOND, Kim, "Negotiating feminity in the GDR prison narrative: Discourses of character development and incorrigibility", Elizabeth Graul´s, *Die farce*, (1991), *German Life and letters*, 63/2010.

RICO DE ESTASEN, José, *El Coronel Montesinos. Un español de prestigio europeo*, Alcalá de Henares, 1948.

RIVERA BEIRAS, Iñaki (2006), *La cuestión carcelaria*, Editores del puerto, Buenos Aires.

RIVERA BEIRAS, Iñaki y Salt, Marcos (2005), *Los derechos fundamentales de los reclusos, España y Argentina*, Ediciones del Puerto, Buenos Aires.

RUSCHE, Georg/ KIRCHHEIMER,Otto, "*Pena y estructura social*", Bogotá, 1984.

SALILLAS, Rafael, *La vida penal en España*, Madrid ,1888.

SALINERO, Alicia (2008), "Los permisos de salida en la legislación chilena", en *Informes en Derecho, Doctrina Procesal Penal 2007*, Nº4, diciembre, Defensoría Penal Pública, Santiago.

SANSÓ-RUBERT PASCUAL, Daniel, "Criminalidad organizada y género. ¿Hacia una redefinición del papel de la mujer en el seno de las organizaciones criminales?", *Recrim,* 2010.

SECRETARÍA DISTRITAL DE DESARROLLO ECONÓMICO Y DE LA ESCUELA NACIONAL SINDICAL (s/f), *Informe "Trabajo Decente para la comunidad LGBTI",* Bogotá.

SECRETARIA GENERAL DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS, *El Sistema Penitenciario Español*, Madrid, 2010, Disponible en http://www.institucionpenitenciaria.es/.

SERRANO MAÍLLO, Alfonso, *Introducción a la Criminología,* Dykinson, 2005.

SERRANO TÁRRAGA, Dolores, "La consideración de género en la ejecución de las penas privativas de libertad", *Revista de estudios penales y criminológico*s, 30/2010.

SEVERSON, margaret, *et al*., "Risk and needs: factors that predict women´s incarceration and inform service planning", *What works with women Offenders*, SHEEHAN, MC IVOR y Trotter, Eds, Devon, 2007.

SIEGEL, Jane/ WILLIAMS ,Linda M, "The Relationship Between Child Abuse And Female Delinquency And Crime. A Prospective Study", *Journal of Research in Crime and Delinquency*, vol. 40, 2003.

SIMPSON, *et al*., "Understanding Womens pathways to jail: analysing the lives of incarcerated women", *Australian and New Zealand Journal of Criminology*, 411/2008.

SMART, Carol, Criminological theory: its ideology and implications concerning women*, The British journal of sociology,* 28, 1/1977.

— "Feminist approaches to criminology or postmodern woman meets atavistic man", en Ed. London *Feminist perspectives in criminology*, Gelsthorpe, Loraine Morris, Allison, Ed, Buckingham 1990.

— *La mujer del discurso jurídico* en LARRAURI (comp.), *Mujeres, Derecho y Criminología*, Madrid. 1994.

SMITH, Catrin, "A period in custody: menstruation and the imprisoned body", *Internet Journal of Criminology*, 2009.

SNIDER, Laureen, "Constituting the punishable woman. Atavistic Man Incarcerates Postmodern Woman", *British Journal of Criminology,* 43/ 2003.

STUART VAN WORMER/BARTOLLAS, "The prision envioroment", *Women and the Criminal Justice System*, Third Edition, Prentice hall, 2011.

SURT. ASOCIACION DE MUJERES PARA LA INSERCIÓN LABORAL, Seminario sobre extranjeras en prisión, 2003.

TURNBULL, Sarah/ Hanna-Moffat, Kelly, "Under These Conditions: Gender, Parole and the Governance of Reintegration", *Brittish Journal of Criminology,* 49, 4/ 2009.

UNDERWOOD, Marion K, *Social agressión among girls*, Nueva York, 2003.

UNIDAD DE DEFENSA PENITENCIARIA (2012), Documento de Trabajo Nº2/2012 "*Traslados*", Defensoría Nacional, Santiago.

TAMARIT, Josep-María y otros (2005), *Curso de derecho penitenciario*, Madrid.

VÁZQUEZ VILAPLANA, Belén,/ RAMOS VÁZQUEZ, Isabel, "Hacia la implementación de políticas públicas penitenciarias en España, ¿Reto conseguido o logro por alcanzar?", *Actas de las Jornadas Internacionales Sobre Igualdad de Género y Políticas Públicas*, Universidad de Málaga, Febrero, 2010.

VERDUGO Marinkovic, PFEFFER Urquiaga, NOGUEIRA Alcalá, (1994), Derecho Constitucional, Tomo I, Edit., Jurídica de Chile, Santiago.

VIADA Y VILASECA, Salvador, *Código penal reformado de 1870,* Madrid, 1890.

WALKLATE, Sandra, *Understanding Criminology: Current Theoretical Debates,* Berkshire, 2003.

WASSERMAN, Gail, *et al*., "Psychiatric Disorder in a Juvenile Assessment Center", *Crime & delinquency,* 54, 2008.

WASSERMAN, Gail, *et al*., "Gender Differences in Psychiatric Disorders at Juvenile Probation Intake", *American Journal of Public Health*, vol. 95, 1/ 2005.

WONG, M. L., *et al*., "Risk factors for delinquency in adolescent and young adult females: A European Review", *European Journal of Criminology,* 7/2010.

YAGÜE OLMOS, Concepción, "Mujer, delito y prisión: un enfoque diferencial sobre la delincuencia femenina", en *Revista de Estudios Penitenciarios*, 246/ 2002.

— *Análisis de la ancianidad en le medio carcelario*, Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, Ministerio del Interior, 2007.

— "La maternidad en prisión: estado actual de la cuestión", *Revista de Estudios Penitenciarios*, 251/ 2005.

— *Madres en prisión, Historia de las cárceles de mujeres a través de su vertiente maternal,* Comares, Granada, 2007.

— "Mujeres en prisión. Intervención basada en sus características, necesidades y demandas", *Revista Española de Investigación Criminológica*, 5/ 2007.

YAGÜE OLMOS, Concepción/ CABELLO VAZQUEZ,Mª Isabel, "Mujeres jóvenes en prisión", *Revista de estudios de juventud,* jun 05, 69/2005.

IGAREDA GONZÁLEZ, Noelia, "Mujeres en prisión", en CEREZO Domínguez, Ana Isabel /GARCÍA ESPAÑA, Elisa (Coord.), *La prisión en España. Una perspectiva criminológica*, Comares, Granada, 2007.

WAHIDIN, Azrini, *Oldermen in the Criminal Justice System, Running out of time,* Kinsley Publishjers, London, 2004.

WAHIDIN, Azrini/ TATE, Shirley, "Prison Scapes and Body Tropes: older Women in the prison time machine", *Body&society*, 11, 2005.

WORRALL, Anne, *Offending Woman*. *Female Lawbreakers and the Criminal Justice System,* 1990.

ZAITZOW, Barbara, "Doing gender" en *Women in prison. Gender and Social Control*, London, 2003.

ZAITOW, Bárbara/ Lanier, Mark, "*Doing HIV/AIDS time: Health Care Needs of Women Prisoners* en *Women and Justice: It's a Crime*, MURASKIN Ed., 2006.

Jurisprudencia Corte Interamericana de Derechos Humanos

Corte IDH, Caso Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 2 septiembre de 2004.

Corte IDH, Caso Baldeón García vs. Perú, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 6 de abril de 2006

Corte IDH, Caso Neira Alegría y otros vs Perú, sentencia de 19 de enero de 1995

Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez Vs Honduras, Fondo sentencia de 29 de julio de 1988

Corte IDH, Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador, excepción preliminar y fondo, sentencia de 6 de mayo de 2008

Corte IDH, Caso Las Palmeras Vs. Colombia, Fondo, sentencia de 6 diciembre de 2001

Corte IDH, Caso Godínez Cruz Vs. Honduras. Excepciones Preliminares, excepciones preliminares, sentencia de 26 de junio de 1987

Corte IDH, Caso Mejía Idrovo Vs. Ecuador, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas sentencia de 5 julio de 2011

Corte IDH, Caso Barbani Duarte y otros Vs. Uruguay, Fondo Reparaciones y costas sentencia de 13 de octubre de 2011

Corte IDH, Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá, Fondo, Reparaciones y Costas sentencia de 2 de febrero de 2001

Corte IDH; Caso Vélez Loor vs. Panamá, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 23 de noviembre de 2010

Corte IDH, Caso Claude Reyes y otros vs. Chile, sentencia sobre el fondo, reparaciones y costas, 19 de septiembre de 2006

Corte IDH, Caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007

Corte IDH, Caso Montero Aranguren y otros (retén de Catia) vs. Venezuela, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y costas, sentencia de 5 de julio de 2006

Corte IDH, Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013.

Corte IDH, Caso de la Masacre del Pueblo Bello vs. Colombia, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 31 de enero de 2006

Corte IDH, Caso González y otros (Campo Algodonero) vs. México, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 16 de noviembre de 2009).

Corte IDH, Caso pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, Fondo y Reparaciones, sentencia de 27 de junio de 2012

Corte IDH, Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay, fondo, reparaciones y costas, sentencia 17 de junio de 2005.

Corte IDH, Caso Norín Catriman y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014.

Corte IDH, Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Sentencia de 4 de julio de 2006

Opiniones Consultivas Corte IDH

Corte IDH. Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987

Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014

Corte IDH. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999

Observaciones Generales

Observación General Nº21/1999. El derecho a una alimentación adecuada, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas

Observación General Nº 15. El derecho al agua, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas

Observación General N°28 sobre igualdad de derechos entre hombres y mujeres, Comité de Derechos Humanos, Naciones Unidas.

Consorcio Liderado por

Socios Coordinadores

Participan más de 80 Socios Operativos y Entidades Colaboradoras de Europa y América Latina

PROGRAMA FINANCIADO POR LA UNIÓN EUROPEA

EUROsociAL es un programa de cooperación regional de la Unión Europea con América Latina para la promoción de la cohesión social, mediante el apoyo a políticas públicas nacionales, y el fortalecimiento de las instituciones que las llevan a cabo. EUROsociAL pretende promover un diálogo euro-latinoamericano de políticas públicas en torno a la cohesión social. Su objetivo es contribuir a procesos de reforma e implementación en diez áreas clave de políticas, en ciertas temáticas, seleccionadas por su potencial impacto sobre la cohesión social. El instrumento del que se dota es el de la cooperación institucional o aprendizaje entre pares: el intercambio de experiencias y la asesoría técnica entre instituciones públicas de Europa y de América Latina.

www.eurosocial-ii.eu