

**ACCESO A LA JUSTICIA EN MATERIA
PENITENCIARIA:
“Una deuda pendiente y un desafío para el
futuro”**

Jörg Alfred Stippel¹

Índice

	Pág.
<i>Resumen</i>	5
<i>Abstract</i>	5
1. Experiencia comparada	6
1.2 Estados Unidos de América.....	6

¹ Abogado alemán. Jörg Alfred Stippel, Catedral 2470, Departamento 406, Santiago, Chile, Contacto: stippeljorg@googlemail.com , Tel./Fax.:0056-2-6816659.

1.3	Europa	10
1.3.1	Inglaterra.....	10
1.3.2	España.....	12
1.3.3	Alemania.....	14
1.4	América Latina	16
2.	Chile	19
2.1	Introducción.....	19
2.2	Problema investigado	22
2.3	Investigaciones Previas	22
2.4	Metodología del Estudio	23
2.5	Resultados y Discusión.....	23
2.5.1	Movilización de derechos	23
2.5.2	Acceso a la justicia	26
3.	Conclusiones	28
4.	Bibliografía	29
5.	Del autor	31

Resumen

Cuando se habla de acceso a la justicia, se piensa comúnmente en las posibilidades y obstáculos que tiene el ciudadano común al momento de recurrir ante la justicia civil, laboral, contenciosa administrativa o criminal. En este artículo, se analiza el tema desde la perspectiva del ciudadano que se encuentra tras las rejas, considerando sus derechos constitucionales y penitenciarios. Para facilitar una visión global de la temática y generar un punto

de confluencia entre las diversas experiencias, el análisis será abordado desde un enfoque comparativo.

A continuación, se detallarán los resultados de una encuesta aplicada a personas privadas de libertad en Chile, cuya finalidad era conocer las razones por las cuales éstas "movilizan"- en los términos utilizados por Blankenburg- o dejan de movilizar sus derechos en el ámbito carcelario (Blankenburg 1995, p. 36). En la misma dirección, se indaga desde la óptica de las instituciones judiciales. Se plantea la pregunta: ¿cómo opera la justicia chilena cuando una persona privada de libertad pretende acceder a los órganos jurisdiccionales para hacer valer sus derechos y qué posibilidades de éxito tiene? A tal efecto, se analiza la práctica judicial en la resolución de los recursos de Protección y Amparo Constitucional resueltos por las Cortes de Apelaciones de Santiago y San Miguel (Región Metropolitana de Santiago). El trabajo finaliza con conclusiones generales.

Abstract

Talking about access to justice, people most commonly think of the difficulties normal citizens have once they pretend to file a civil, labour or any other type of claim at court. This article analyzes the problems to be solved by a detained citizen once he tries to ask for the respect of his constitutional or statutory inmate rights. In order to facilitate a global view that might allow visualising common problems, the article describes the results of comparative studies on the issue of inmate litigation. The next step consists in the exposition of the results of an empiric survey applied to inmates in chilenean prisons. Its aim was to find out about the reasons that have prisoners "mobilize" or not, their right's inside the incarceration facilities. By referring to "mobilization", the term is being understood as used by Blankenburg (Blankenburg 1995, p. 36). In the same sense, the article looks at the access of justice from the view of the institutions of the judiciary. It pursues the following question: How does the chilenean judiciary operate once an inmate tries to claim his right's at court and what are his chances of success? The material analyzed consists in resolutions and court sentences elaborated in Habeas Corpus and other constitutional claims by two higher Courts (Cortes de Apelaciones de Santiago y San Miguel). Finally, the article contains some general conclusions.

1. Experiencia comparada

1.2 Estados Unidos de América

En los Estados Unidos de América (EE.UU.), existe una larga tradición de estudios empíricos que se dedican a investigar el tema del acceso a la justicia de las

personas privadas de libertad. A continuación nos referiremos a los resultados de algunos de estos estudios. Como punto de partida, describimos el desarrollo histórico recorrido por la justicia norteamericana en materia de acceso a la justicia y protección de los derechos constitucionales de las personas privadas de libertad.

Históricamente, los presos² en los EE.UU. no tenían derechos civiles, se les consideraba civilmente muertos³. Por ello, no podían promover juicios, no tenían acceso a la justicia. Recién en los años sesenta, las Cortes comenzaron a aceptar casos promovidos por personas privadas de libertad. En el caso *Cooper vs. Pate* (1967) una corte federal permitió a los presos el cuestionamiento legal de sus condiciones de encierro, incluso del supuesto maltrato y de la intolerancia racial sufridos. La disposición que sirvió de base en este caso, como la que permite promover los juicios civiles de los presos en la mayoría de los casos, es la sección 1983 del título 42 del Código de los Estados Unidos⁴. Desde entonces se ha desarrollado una vasta jurisprudencia en relación a los derechos de los presos. Hoy ya no se cuestiona el hecho que una persona privada de libertad mantiene gran parte de sus derechos constitucionales al interior de las cárceles. La Corte Suprema de los EE.UU. (1974: 555-56) falló, en el caso *Wolff v. McDonnell*, que no existía una cortina de hierro entre la Constitución y las cárceles de los EE.UU. ("There is no iron curtain drawn between the Constitution and the prisons of this country")⁵.

Hasta 1995 el número total de casos promovidos por presos aumentó constantemente. Ese año se interpusieron casi 40.000 casos ante las cortes federales de los EE.UU., alegando una violación de los derechos constitucionales en el encierro⁶. No obstante, como consecuencia de la victoria electoral del Partido Republicano en las elecciones para el Congreso N° 104 de los EE.UU., la mayoría conservadora comenzó a discutir la necesidad de una restricción de las posibilidades de acceso a la justicia de las personas privadas de libertad. Fruto de ello surge la Ley de reforma de la litigación de presos (*Prison Litigation Reform Act-PLRA*) de 1995. La normativa limita las posibilidades de recurrir a la justicia federal para personas privadas de libertad. Concretamente impone, incluso a litigantes indigentes⁷, costos para la presentación de causas ante la justicia federal, exige el agotamiento de los

² Al usar la palabra "preso", nos referimos a las personas privadas de libertad de ambos sexos.

³ "Civilyly dead", véase *Ruffin v. Commonwealth*, 1871: 790.

⁴ Section 1983 of Title 42 of the United States Code establece "Every person who, under color of any statute, ordinance, regulation, custom, or usage of any State or Territory or the District of Columbia, subjects, or causes to be subjected, any citizen of the United States or any person within the jurisdiction thereof to the deprivation of any rights, privileges or immunities secured by the Constitution and laws, shall be liable to the party injured in an action at law, suit in equity, or other proper proceeding for redress". Citado según Fradella (1999), p.25.

⁵ Citado según Fradella (1999), p.25.

⁶ Datos según Schlanger (2003), Tabla I.A. p. 1583.

⁷ Personas litigantes que no pueden asumir con sus medios propios el costo de contratar un abogado, debido a su precariedad económica.

recursos administrativos antes de la presentación de cualquier recurso judicial, y limita las posibles indemnizaciones y los honorarios para abogados. Considerando el número de casos presentados en el año 2001 y comparándolo con la cifra de 1995, el impacto concreto de esta legislación fue una caída del 43% en el número de casos de litigación de presos pidiendo el respeto de sus derechos civiles ante la justicia federal americana. Este dato es aún más dramático, si se toma en cuenta que la población encarcelada aumentó un 23% en el mismo período⁸

Uno de los argumentos principales invocados para justificar la limitación del acceso a la justicia de las personas privadas de libertad, fue el del supuesto carácter frívolo de las causas.

Henry F. Fradella (1999) analiza este argumento. Según el autor, los medios de comunicación masivos se centraron en difundir el carácter frívolo de los casos promovidos. Esto se debía a grupos interesados (stakeholders)⁹. Como consecuencia de ello, tanto los operadores del sistema judicial como la sociedad en general, modificaron su opinión acerca de la litigación de personas privadas de libertad. Fradella concluye, que la discusión acerca de lo frívolo de la litigación de los presos, alteró el discurso de los derechos civiles de presos hacia uno de la litigación frívola, señalando que esta forma de narración ejemplifica las teorías de labeling (labeling theory) y de la interacción simbólica en acción¹⁰.

Por su parte, Margo Schlanger (2003) detecta en la discusión acerca de la reforma, un nexo temático entre una reforma conservadora de las reglas judiciales (conservative tort reform) y una retórica en contra de activistas judiciales. Schlanger agrupa las materias que dieron curso a la presentación de los recursos judiciales por presos ante las cortes federales, en cuatro ejes principales: maltrato físico cometido por personal penitenciario u otros presos (physical assault), falta de atención médica, violaciones de las reglas del debido proceso en procedimientos disciplinarios y otras demandas más generales en relación a las condiciones de vida en el encierro (como por ejemplo nutrición e higiene). Con menos frecuencia se presentarían casos relacionados con la libertad de expresión, la práctica del culto y el acceso a la justicia y a los correos. Esto demuestra, según la autora, que la mayoría de los casos presentados ante la justicia por personas privadas de libertad se refiere a privaciones reales inherentes a la cárcel y no a asuntos frívolos¹¹. Igualmente Schlanger refuta el argumento que las personas presas en los EE.UU. sean especialmente litigiosas. En 1995, 25 de cada 1000 presos recurrieron a la justicia

⁸ Datos según Schlanger (2003: 1559-1560).

⁹ Margo Schlanger menciona en el mismo contexto a la *National Association of Attorneys General* (NAAG) y la *National District Attorneys Association* (NDAA) (2003: 1566).

¹⁰ Vea Fradella (1999: 49).

¹¹ Vea Schlanger (2003: 1566-1572).

federal para reclamar la violación de uno de sus derechos constitucionales (civil rights cases). Esta cifra es menor cuando se trata de personas libres. Tan sólo 0,7 por cada 1000 personas libres, recurre a la justicia federal para reclamar el respeto a sus derechos constitucionales. A primera vista pareciera como que los presos estuvieran recurriendo 35 veces más que las personas libres a la justicia federal¹². Esto se explicaría, por una parte, porque cada aspecto de la vida al interior de la cárcel tiene relación con el Estado, entonces el preso tiene una relación mucho más estrecha con este último que una persona libre¹³. Por otro lado, habría que tomar en cuenta que la comparación directa de las cifras de litigación de presos y personas libres conlleva a una equivocación. Schlanger explica que personas libres pueden recurrir a las cortes de cada estado federado para reclamar una violación a sus derechos. Tomando en cuenta estos datos, 56 de cada 1000 personas libres presentaron en 1995 sus casos ante la justicia estatal, lo que equivaldría al doble de litigiosidad en comparación con personas privadas de libertad. Ahora bien- explica Schlanger- si se estimara que los presos recurren en porcentaje similar a la justicia estatal, como a la justicia federal (supuesto altamente improbable, ya que aparentemente esto sólo ocurriría en una tercera parte de los casos), la tasa de litigiosidad de presos sólo equivaldría, pero no superaría a la de las personas libres¹⁴. Después de la aprobación de la ley de reforma de litigación de presos (PLRA), la tasa de casos presentados por presos cayó dramáticamente. Schlanger demuestra el descenso continuo ocurrido de 1995 a 2001, de 24,6 casos por cada 1000 presos a 11,4¹⁵.

De los casos presentados por personas privadas de libertad ante la justicia norteamericana, sólo un porcentaje relativamente bajo ha tenido éxito. Schlanger calcula para el período de 1990 a 1995 un porcentaje de éxito de un 14,9 %. No obstante, al desglosar esta cifra el porcentaje es aún menor. Schlanger concluye que de los casos catalogados como exitosos, los presos sólo ganaron algún alivio (won some relief) en el 1 % de los casos; recibieron algo que valía la pena como para firmar un acuerdo en un 6 a 7 % (something worth settling for); y por último, se rindieron o recibieron algo a cambio, decidiendo retirar su juicio de las cortes en un 6 a 8 %. Todos los demás casos fueron infructíferos. En un próximo paso, Schlanger compara la tasa de éxito en juicio de las personas privadas de libertad con las alcanzadas por otros grupos de

¹² Vea Schlanger (2003: 1575).

¹³ En las palabras de la Corte Suprema de los EEUU: "For state prisoners, eating, sleeping, dressing, washing, working, and playing are all done under the watchfull eye of the State, and so the possibilities for litigation under the Fourtennth Amendment are boundless. What for a private citizen would be a dispute with his landlord, with his employer, with his tailor, with his neighbour, or with his banker becomes, for the prisoner, a dispute with the State". En Preiser v. Rodríguez, citado según Schlanger (2003: 1574).

¹⁴ Schlanger (2003: 1576).

¹⁵ Schlanger (2003: 1583), tabla I.A.

litigantes. Descontando los casos de litigación de presos, la tasa de éxito en juicios en los EE.UU. llegaba al 45 % en 1995¹⁶.

Como una razón que contribuyó a esta tasa de éxito tan baja, Schlanger identifica la falta de asistencia técnica. El 95,6 % de los casos promovidos por presos en el año 2000, no contó con la asistencia de un abogado. En cambio, este porcentaje tan sólo alcanzó un 10,1 % considerando todas las demás materias litigadas ante las cortes federales (excluyendo los casos litigados por presos y los casos de Habeas, véase Tabla II.D, p. 1609). Además indica que razones como la cultura institucional del personal penitenciario (Corrections Culture), impide que en los juicios exista la voluntad de llegar a acuerdos, ya que esto podría ser percibido como una capitulación ante los internos ("Capitulating to inmates")¹⁷. Fradella (1999) coincide en que uno de los problemas del escaso éxito de las causas presentadas por personas privadas de libertad, y su supuesto carácter frívolo, es la falta de asistencia técnica y conocimiento legal de los presos. Para contrastar estas falencias, propone el diseño de políticas de educación legal de la población encarcelada¹⁸.

El caso estadounidense, muestra que el hecho que presos hagan uso de sus derechos constitucionales- que tengan acceso real a la justicia- aún es un tema mal visto por algunos sectores de la sociedad. La política de "mano dura" contra la delincuencia no sólo contribuye a un constante aumento de la penalidad y de la criminalización de una creciente parte de la población sino que provoca, además, un debilitamiento de la protección judicial de las garantías constitucionales. La discusión acerca de la Ley de reforma de la litigación de presos (Prison Litigation Reform) nos permite igualmente visualizar que la temática que tratamos en este trabajo, puede ser un asunto de fácil politización. Es en este debate donde existe el peligro que la categoría "delincuente" se superponga a la "condición" de sujeto, permitiendo que se pierda de vista la universalidad de las garantías constitucionales y la necesidad de un efectivo control de éstas.

1.3 Europa

En Europa, el desarrollo de las posibilidades de acceso a la justicia con las que cuentan las personas privadas de libertad, difiere entre los distintos países. A continuación, nos referiremos al desarrollo en tres sociedades: Inglaterra,

¹⁶ En la categoría de casos exitosos agrupa "*settlements, voluntary dismissals and litigated victories*", Schlanger (2003: 1594), tabla II.A.

¹⁷ Schlanger (2003: 1620).

¹⁸ Fradella (1999: 48).

España y Alemania. En cada uno de ellas, el mejoramiento de las posibilidades de los presos de acceder a la justicia se debe a factores distintos que serán brevemente analizados. No vamos a profundizar en el desarrollo de la normativa europea en materia penitenciaria¹⁹ como tampoco vamos a analizar la jurisprudencia dictada en base a la Convención Europea de Derechos Humanos²⁰.

1.3.1 Inglaterra

Para el caso de Inglaterra, tomaremos la descripción elaborada por Stephen Livingstone y Tim Owen (1993), donde además se relata el impacto que tuvo la actividad judicial en el mejoramiento de la situación carcelaria. Aquí, contrario a lo que ocurrió en los EE.UU., las posibilidades de personas privadas de libertad de acceder a la justicia mejoraron en los últimos años considerablemente.

Según los autores, el modelo carcelario inglés correspondía a uno de tipo autoritario. Asignándole este carácter, ellos recurren a la tipificación hecha por Dichtfield²¹ quien diferencia entre cuatro tipos de administración carcelaria. El primero, de tipo autoritario, se caracteriza por un alcaide o su personal que tienen todo el poder. Aquí los presos no tienen derechos. No obstante, se pueden otorgar beneficios a presos concebidos como líderes de la población carcelaria (como un mejor trabajo o la "vista gorda" ante una infracción al régimen interno). El otorgamiento selectivo de beneficios está pensado para asegurar la conformidad de presos que podrían causar problemas. En este modelo, el control se mantiene a través de una combinación de terror, castigos corporales brutales inflingidos abiertamente, algunos incentivos básicos y favoritismo. El segundo modelo es aquel de tipo burocrático-legal, cuya característica es la existencia de reglas y directrices pensadas para disminuir los márgenes de discrecionalidad. Los que ejercen poder, se tienen que responsabilizar por sus actos a lo menos ante sus superiores. En este régimen, el control se mantiene no tanto mediante la fuerza coercitiva, sino a través de un tratamiento constante, dándoles a los presos la seguridad que no van a ser sujetos a arbitrariedades permanentes. El efecto de este modelo a menudo consiste en que el personal penitenciario trabaja de manera más burocrática, forma sindicatos y exige una definición más clara de sus funciones concretas. El tercer modelo se describe como el del poder compartido (shared powers) y requiere un involucramiento mayor del personal civil, tales como profesores y psicólogos. Se generan conflictos entre el personal de custodia y el de tratamiento. Grupos de presión internos de presos surgen y piden ser

¹⁹ Cuyo último acontecimiento fueron las Reglas Penitenciarias Europeas de 2006. En cuanto a contenido y desarrollo de la legislación europea, vea Rivera (2006: 375-450).

²⁰ Vea Livingstone: en *Punishment & Society*.

²¹ Livingstone, Owen (1993: 9).

considerados. La administración mantiene el control, respondiendo y negociando con los grupos de presión de presos. Por último, en el cuarto modelo, los internos ejercen el poder (inmate control). Aquí, bandas de presos han ganado el control de la cárcel. La administración penitenciaria tan solo puede mantener el control sobre la cárcel negociando con los líderes de las bandas, o entre las distintas bandas²².

Livingston y Owen consideran que el sistema carcelario inglés recién desde la última mitad del siglo XX, se está moviendo hacia un sistema más burocrático y controlado legalmente. Desde este momento, las Cortes inglesas comenzaron a ejercer un control judicial más estrecho sobre la actividad penitenciaria. Anteriormente, la justicia argumentaba que un control extenso sobre las acciones del personal penitenciario y sobre la administración de las cárceles, podría desembocar en la imposibilidad de administrar las mismas. Esta visión ya no tiene asidero desde que el House of Lords decidió en 1988, que las decisiones del ámbito disciplinario tomadas por los alcaides, también serían sujetas al control judicial (caso *Leech v. Debuty Governor Parkhurst Prison* AC 533). Cuatro años después, el House of Lords decidió que las decisiones tomadas en el marco del ejercicio de la discrecionalidad al interior de las cárceles, como las relativas a la segregación, clasificación y traslados, también podrían ser cuestionadas ante los órganos jurisdiccionales (Caso *Hague v. Deputy Governor Purkhurst Prison*, 1992, 1 AC 58). Los autores concluyen que la voluntad de revisar la legalidad de las acciones de las autoridades penitenciarias, por parte de las Cortes, ha tenido un profundo impacto en el sistema penitenciario. En consecuencia, ha habido una revisión de todo el sistema disciplinario, del tema de los traslados por razones de orden y disciplina, y de las comunicaciones con el abogado, entre otros²³. Steve Foster (2005) y Stephen Livingston (2000) describen especialmente cómo la Convención Europea de Derechos Humanos y, en consecuencia, la aprobación del Human Right's Act en 1998, tuvieron un impacto positivo en las posibilidades de personas privadas de libertad de acceder a la justicia inglesa y de reclamar la violación de sus derechos²⁴.

El caso inglés demuestra cómo pueden ayudar los instrumentos internacionales a mejorar el acceso a la justicia de personas privadas de libertad. Mucho del desarrollo de la jurisprudencia inglesa se debe al impacto de la Convención Europea de Derechos Humanos.

²² Livingstone, Owen (1993: 292-93).

²³ Livingstone, Owen (1993: 308).

²⁴ Foster (2005: 77) y Livingston (2000: 309).

1.3.2 España

Para el caso español, Iñaki Rivera (2006) describe la historia de la normativa que regula el acceso a la justicia²⁵. En España se sancionó el 26 de septiembre de 1979 la Ley Penitenciaria, se trató de la primera Ley Orgánica promulgada tras la aprobación de la Constitución española de 1978. La Ley introdujo la figura del Juez de vigilancia Penitenciaria, constituyendo un órgano jurisdiccional al cual compete: "salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario pueda producir" (art. 76 LOGP). Con la aprobación de esta normativa se consagró por primera vez la presencia de un órgano jurisdiccional en el ámbito penitenciario. El apartado 2 del art. 76 LOGP²⁶ regula en detalle las competencias generales del juez de vigilancia penitenciaria. Entre éstas se encuentra la revisión de las decisiones relativas a la clasificación inicial, la aprobación de sanciones de aislamiento y el conocimiento de reclamaciones contra sanciones disciplinarias. Controla entonces, también, muchas decisiones que tradicionalmente se consideraban del ámbito exclusivo y discrecional de la administración penitenciaria.

Para graficar el nexo entre el retorno a la democracia y la aprobación de la ley general penitenciaria, Iñaki Rivera cita a García Valdés. Este último trabajó conjuntamente con un equipo multidisciplinario en la elaboración del respectivo anteproyecto de ley. Valdés manifiesta que: "no puede olvidarse que, en aquel momento histórico de transición política, existía una grave situación de conflictividad en el ámbito de las instituciones penitenciarias, motivado fundamentalmente por una progresiva concienciación de los reclusos en defensa de sus derechos, así como por la discriminación que para aquellos suponía el otorgamiento de una amnistía a los condenados por delitos políticos. La indisciplina era generalizada, y esta situación trascendía cotidianamente a los medios de comunicación social (...). El debate, en ocasiones de gran viveza, puso de manifiesto las esperanzas que todos los grupos políticos depositaban en su aprobación. En él, no puede olvidarse, intervinieron activamente parlamentarios de una izquierda portadora de múltiples reivindicaciones sociales, y entre cuyas filas se encontraban ciudadanos que habían conocido personalmente la privación de libertad en las cárceles españolas"²⁷.

La cita es interesante por dos razones. Primero, permite pensar en un paralelismo con la historia chilena, donde también después de la dictadura militar que termina en los años noventa, el tema de la protección de los derechos de las personas privadas de libertad logró ingresar a la agenda

²⁵ Rivera (2006: 610-626).

²⁶ Ley Orgánica General Penitenciaria de España, Ley Nº 1/1979.

²⁷ Citado según Rivera (2006: 171).

pública. En ambos casos, los promotores fueron parlamentarios que habían conocido personalmente la situación de cárcel. Debido a que se va a desarrollar el tema más adelante en detalle, nos limitamos aquí a esbozarlo.

Segundo, la experiencia española parece indicar que la concientización de los presos en sus derechos puede, en circunstancias especiales, generar la presión necesaria para generar un ambiente favorable a la promoción de proyectos legislativos tendientes a ampliar el acceso a la justicia de personas privadas de libertad. Aquí ocurrió de cierta manera lo inverso a lo vivido en los EE.UU: no fueron los políticos los que, desde afuera, generaron voluntad política para limitar el acceso a la justicia de las personas privadas de libertad; fueron los presos los que lograron, desde adentro, generar un ambiente político favorable para la consagración legal de sus derechos.

A pesar del avance que significa la creación de los juzgados de vigilancia penitenciaria, Rivera realiza un análisis crítico de su "función ideológica". Según él, la figura del juez de vigilancia penitenciaria estaba llamada a cumplir una clara función garantista consistente en asegurar que los derechos constitucionales fuesen respetados también al interior de las cárceles. No obstante, detecta varias falencias en la implementación práctica de esta figura: "problemas de dotación orgánica, inexistencia de especialización en los titulares de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, dificultades para hacer cumplir el principio de inmediación, carencia de normas reguladoras del proceso ante la jurisdicción y falta de participación de los abogados en tales procedimientos (...)"²⁸. Por ello, advierte el riesgo que el control jurisdiccional de la administración penitenciaria se esté convirtiendo en un "nuevo aparato legitimador de la institución total a la cual brinda una apariencia garantista" y que, de este modo, pueda contribuir a "la permanencia de la existencia de la prisión como sanción penal por excelencia".

Aun cuando expresa esta preocupación, Rivera no aboga por la supresión de los juzgados de vigilancia penitenciaria. En sus palabras: "todo lo contrario, existe convencimiento acerca de la necesidad de profundizar en una cultura judicial democrática comprometida con la salvaguarda de los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente. Pero ello no impide el enjuiciamiento crítico de una institución llamada a cumplir con la elevada función de <salvaguardar los derechos fundamentales de los internos>"²⁹.

Su crítica parte de un posicionamiento abolicionista donde ni la cárcel, ni los jueces llamados a su control, tienen justificación. Aquí no queremos referirnos a esta discusión. Transcribimos esta cita por dos razones: primero, permite pensar que en el ámbito penitenciario hay que idear mecanismos novedosos, más allá

²⁸ Rivera (2006: 622).

²⁹ Rivera (2006: 624).

del "clásico" control judicial, para asegurar un debido acceso a la justicia de las personas privadas de libertad. No basta con crear nuevas competencias y nuevos órganos judiciales a fin de garantizar el debido respeto de los derechos de los presos. Segundo, la crítica de Rivera está mostrando que la creación legal de un juez de vigilancia penitenciaria no mejora el acceso a la justicia, si no es acompañada de un esfuerzo de implementación. La experiencia latinoamericana, a la que nos vamos a referir más adelante, confirma sus preocupaciones.

1.3.3 Alemania

Johannes Feest (2005) estudió el impacto que tuvo la Ley de Ejecución de Penas (Strafvollzugsgesetz) en el sistema penitenciario alemán³⁰. Conjuntamente con Wolfgang Lesting y Peter Selling (1997), Feest analiza también las posibilidades de las personas privadas de libertad de acceder a la justicia alemana.

En cuanto a la historia de la legislación penitenciaria alemana, Feest destaca la importancia del Tribunal Constitucional Federal (Bundesverfassungsgericht). Este órgano jurisdiccional resolvió en 1972, que un preso también era sujeto de derechos y que por ello se justificaba una restricción de sus derechos exclusivamente "por ley o sobre la base de una ley" (BVerfGE 33,1). A consecuencia de la falta de una base legal para la ejecución de la pena, el Tribunal Constitucional Federal resolvió que ésta tenía que ser elaborada por el legislador alemán. Con este propósito, el tribunal resolvió darle al legislador un plazo para la elaboración de la respectiva normativa hasta la finalización del período legislativo, es decir hasta fines de 1973. A pesar de esta sentencia el parlamento aprobó, recién a fines del año 1976, la respectiva normativa³¹.

A su vez, junto con los tribunales de ejecución penal, se creó en 1975 una jurisdicción especializada para este ámbito. Los presos pueden acudir a estos tribunales cuando debido a cualquier medida u omisión cometida por parte del establecimiento, se sienten perjudicados en sus derechos (art. 109 StVollzG). La competencia es entonces muy amplia y abarca prácticamente la totalidad de las actividades y circunstancias que se pueden dar en el ámbito penitenciario. En caso de recibir una demanda, resuelve un juez unipersonal. El procedimiento no prevé, pero tampoco prohíbe un juicio oral. Como describe Feest, se trata normalmente de procedimientos meramente escritos: el preso envía una carta al tribunal, el tribunal solicita un informe al establecimiento, el preso, a su vez, tiene la oportunidad de responder este informe. De este modo, se puede

³⁰ Feest (2005: 17-28).

³¹ Feest (2005: 19).

producir un ir y venir de correspondencia. Antes de dictar una resolución definitiva, el tribunal puede decretar un interdicto. Cuando el tribunal estima que los hechos se han aclarado satisfactoriamente, resuelve definitivamente³².

En cuanto al impacto de la Ley de Ejecución de Penas y de las posibilidades de protección jurídica, Feest, Lesting y Selling constatan que los presos hacen uso de las nuevas posibilidades de protección jurídica con mucha frecuencia, incluso en forma abrumadora. Antes de la entrada en vigencia de la ley penitenciaria, fueron muy pocos los prisioneros que optaron por la vía jurídica de aquel entonces. Se estima, por ejemplo, que en 1975 en los juzgados de Berlín, sólo el 1,4 % de la población carcelaria recurrió a la justicia. Desde entonces, el número de estos procedimientos se ha multiplicado por más que treinta. Un estudio llegó a encontrar para el año 1986, en relación a un establecimiento al oeste de Alemania, una cuota de 54 %. Al interpretar este dato se debe tomar en cuenta, que el número de demandas judiciales es mayor al número de demandantes. En el caso aludido, el número de demandantes se calculaba entre el 15 al 20%. Los autores destacan, que incluso la cifra de los recursos interpuestos por internos, a consecuencia de decisiones negativas de primera instancia, es alta. En el año 1986, de cada 1000 presos, 45 recurrieron en segunda instancia a la justicia. No obstante, existían algunos presos especialmente activos, aunque esto no implica que la vía jurídica sea el monopolio de unos pocos. Entre ellos los autores mencionan a un condenado a cadena perpetua, quien llegó a presentar 299 solicitudes de una resolución judicial en el transcurso de 14 años, lo que significa un promedio de 21 solicitudes por año. Según los investigadores, hay muchos prisioneros que tienen la esperanza de que el tribunal pueda ayudarles a cumplir sus deseos y sus convicciones jurídicas frente al establecimiento³³. Las cifras indican que la litigiosidad de los presos alemanes parece ser mayor que la calculada en el caso estadounidense. Después de la aprobación de la ley de reforma de litigación de presos (PLRA), la tasa de casos presentados por presos en los EE.UU. alcanza 11,4 cada 1000 presos, muy inferior a lo calculado para Alemania en el año 1986.

En cuanto a las materias de los recursos presentados por los presos, los autores las agrupan de la siguiente manera: el 18,5 % llevaba relación con beneficios intrapenitenciarios, como salidas esporádicas y salidas prolongadas; el 14,3 % se refería a temas relacionados al espacio íntimo, la celda y la tenencia de bienes; el 13,8 % reclamaba por traslados; el 12,2 % por sanciones disciplinarias; 12,2 % por el tema de los contactos con el mundo exterior, como visitas y correos; el 11,1% por temas laborales y financieros; el 3,7 % por salud y atención médica; el 2,6 % por tiempo libre y deporte y el 5,2 % por otras materias³⁴. Al comparar las

³² Feest (2003: 109).

³³ Feest, Lesting y Selling (1997: 37-39).

³⁴ Feest, Lesting y Selling (1997: 48).

materias reclamadas en estos recursos, con las que fueron la base para el caso de los EE.UU. (según el estudio aportado por Schlanger), se aprecia que el maltrato físico no ocupa un lugar predominante en los casos promovidos por los presos alemanes.

Finalmente concluyen que las cárceles alemanas ya no constituyen instituciones sin ley³⁵. Feest señala que el simple hecho de que los presos tengan la posibilidad de acudir a los tribunales, implicaría un cierto efecto “civilizador” en las cárceles y sus funcionarios. En lo ideal, afirma el autor, los jueces de vigilancia penitenciaria deben constituir una especie de entidad pública profesional, de modo que los gendarmes no pueden confiar en que su actuación quede siempre oculta tras los muros de las cárceles, ni pueden sentirse seguros de que sus decisiones siempre resistan a la mirada de un público crítico. Al flexibilizar el aislamiento tradicionalmente hermético de las cárceles, se puede lograr en ellas un efecto civilizador³⁶.

La experiencia alemana muestra la importancia que puede tener un Tribunal Constitucional en la promoción del respeto de los derechos de los presos. A su vez, hace pensar que el acceso a la justicia de las personas privadas de libertad, acompañado con una regulación detallada de las normas que rigen al interior de los establecimientos penitenciarios, puede contribuir a deshacerse del modelo autoritario de administración penitenciaria descrito por Ditchfield.

1.4 América Latina

Para asegurar el acceso a la justicia en el ámbito carcelario, muchas legislaciones latinoamericanas han creado la figura del juez de vigilancia penitenciaria o de ejecución de penas. Es el caso de Argentina³⁷, Bolivia³⁸ y El Salvador³⁹ para nombrar algunos ejemplos.

En el caso de Argentina existe además la figura del Procurador Penitenciario. Su función es defender los derechos humanos de las personas privadas de libertad⁴⁰. El Procurador Penitenciario tiene la facultad de investigar de oficio hechos que afectan los derechos de las personas privadas de libertad, pudiendo efectuar recomendaciones de alcance particular o general a su

³⁵ Feest, Lesting y Selling (1997: 199).

³⁶ Feest (2005: 23).

³⁷ Ley de Ejecución de la Pena Privativa de Libertad de la República Argentina, Ley N° 24.660/1996.

³⁸ Ley de Ejecución Penal y Supervisión de la República de Bolivia, Ley N° 2.298/2001.

³⁹ Ley Penitenciaria de la República de El Salvador, Decreto N° 1.027/1997.

⁴⁰ Ley N° 25.875, Ley de Procuración Penitenciaria de la República de Argentina: Artículo 1.- Creación. “... El objetivo fundamental de esta institución es proteger los derechos humanos de los internos comprendidos en el Régimen Penitenciario General, de todas las personas privadas de su libertad por cualquier motivo en jurisdicción federal, comprendidas comisarías, alcaldías y cualquier tipo de locales en donde se encuentren personas privadas de libertad, y de los procesados y condenados por la justicia nacional que se encuentren internados en establecimientos provinciales”.

término⁴¹. De esta manera, el Procurador Penitenciario puede constituirse en un importante facilitador para garantizar el acceso a la justicia. Aquí no se puede profundizar en el análisis del rol real cumplido por este tipo de Ombudsman especializado. Cabe mencionar, que la experiencia comparada indica que un Procurador Penitenciario puede tener un rol importante en el mejoramiento de la temática que tratamos en este artículo. Por ello, Feest, Lesting y Selling proponen para el caso de Alemania, la creación de esta figura⁴².

Sin duda, lo más novedoso de la legislación latinoamericana en relación al acceso a la justicia de las personas privadas de libertad, es la creación de la figura del "delegado procurador" en la Ley de Ejecución Penal y Supervisión de Bolivia. Se trata de un gestor de la "autodefensa" de los presos, y es un recluso propuesto y elegido por los otros presos. Tras su nombramiento por el Director del respectivo establecimiento penitenciario, el delegado procurador se ocupa de promover la tramitación de las causas de los demás presos. A tal efecto, puede salir del recinto. A su vuelta debe anotar sus actuaciones en un registro especialmente creado a tal efecto: el libro de Autoayuda Legal⁴³.

A pesar de la existencia de jueces de Vigilancia Penitenciaria y de instituciones como el Procurador Penitenciario argentino y el Delegado Procurador boliviano, faltan investigaciones acerca del impacto que han tenido estos órganos en el mejoramiento de la situación carcelaria en América Latina. Tampoco encontramos para esta región, estudios empíricos que aborden la eficiencia de los recursos judiciales disponibles para las personas privadas de libertad en materia penitenciaria. En este sentido, nos vamos a limitar a exponer los resultados de los estudios hechos en Chile. A pesar de la falta de estudios específicos, existen varios fallos de juzgados latinoamericanos, que indican que existe una tendencia hacia el fortalecimiento del acceso a la justicia de las personas privadas de libertad en la región⁴⁴.

⁴¹ Vea Artículo 15 y 17 de la Ley N° 25.875, Ley de Procuración Penitenciaria de la República de Argentina.

⁴² Feest, Lesting y Selling (1997: 204-206).

⁴³ Ley de Ejecución Penal y Supervisión de la República de Bolivia, Ley N° 2.298/2001. Artículo 114.- (Designación). "Los delegados procuradores serán designados por el Director del establecimiento, de las ternas propuestas por los internos. La designación se efectuará dentro de los cinco días de presentada la nómina. El delegado procurador durará en sus funciones un año".

Artículo 115.- (Requisitos). "Para ser delegado procurador se requiere: 1. Haber cumplido dos quintas partes de la pena impuesta; 2. No haber incurrido en otro delito durante su permanencia en el establecimiento;

3. No haber incurrido en faltas graves o muy graves en el último año; y, 4. No estar condenado a pena que no admita indulto. Los delegados procuradores saldrán del establecimiento penitenciario durante horarios y días hábiles, debiendo retornar al establecimiento al final de la jornada. Si el Director del establecimiento lo considera pertinente, podrá disponer del personal de seguridad necesario, para las salidas del delegado procurador"

Artículo 116.- (Obligaciones). "Los delegados procuradores tienen las siguientes obligaciones: 1. Averiguar el estado del proceso del interno que lo solicite, informándole sobre el resultado de su gestión; 2. Realizar para el interno que lo solicite, trámites legales relacionados con su proceso; y, 3. Registrar diariamente en el libro de autoayuda legal las solicitudes y las acciones realizadas. El Libro de Autoayuda Legal será custodiado en el Departamento de asistencia legal y estará a disposición de los internos"

⁴⁴ Vea, por ejemplo, para el caso de Costa Rica Sentencia N° 2000-07484, Sala Constitucional de Corte Suprema, 25.08.2000; para Argentina el caso "Verbitsky" de la Corte Suprema de Justicia de Argentina, sentencia V. 856. XXXVIII del 03.05.2005.

Mención aparte merece un artículo escrito por Libardo José Ariza H. (2005), quien describe como una sentencia del tribunal constitucional impactó en la reforma del sistema penitenciario colombiano. A primera vista, la sentencia dictada a mediados de 1998, parece favorecer el respeto a los derechos humanos de las personas privadas de libertad. La Corte Constitucional resolvió que el sistema penitenciario colombiano, en su conjunto, representaba una violación sistemática, masiva y estructural de los derechos fundamentales de las personas presas. Por ello, la Corte le dio a varias instituciones estatales un plazo de cuatro años para la elaboración y puesta en marcha de un plan de construcción y refacción carcelaria (Corte Constitucional, Sentencia T-153 de 1998). Ariza localiza el resultado de esta intervención judicial en "un crecimiento significativo del sistema penitenciario colombiano (...) sin que se haya producido una modificación paralela de las condiciones de reclusión", donde según él, la Corte puede haber actuado en base a las mejores intenciones; no obstante, sus órdenes dieron al gobierno la posibilidad de "poner en marcha acuerdos estratégicos internacionales para fortalecer su aspecto represivo, para modernizar las prisiones y para capacitar a la burocracia punitiva". Desde esta perspectiva, concluye el autor "la reforma del sistema penitenciario no aparecerá como una respuesta unilateral de un estado autoritario a la criminalidad sino como el cumplimiento respetuoso de una orden judicial"⁴⁵.

Este trabajo describe cómo éxitos judiciales alcanzados, aparentemente a favor de las personas privadas de libertad, pueden convertirse en un boomerang, que termina empeorando la situación que se vive en el encierro. El caso demuestra, también, que el poder de la justicia es débil cuando se enfrenta con intereses políticos en materia penitenciaria.

2. Chile

2.1 Introducción⁴⁶

En Chile el acceso a la justicia de las personas condenadas a cumplir una pena privativa de libertad, se da principalmente mediante dos recursos constitucionales: el recurso de Amparo constitucional⁴⁷ (que equivaldría al

⁴⁵ Ariza (2005: 284 y 290).

⁴⁶ Los resultados que se describen a continuación, forman parte de un estudio más amplio, contenido en el libro "Las cárceles y la búsqueda de una política criminal para Chile".

⁴⁷ El Artículo 21 de la Constitución chilena dispone: " Todo individuo que se hallare arrestado, detenido o preso con infracción de lo dispuesto en la Constitución o en las leyes, podrá ocurrir por sí, o por cualquiera a su nombre, a la magistratura que señale la ley, a fin de que ésta ordene se guarden las formalidades legales y adopte de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado. Esa magistratura podrá ordenar que el individuo sea traído a su presencia y su decreto será precisamente obedecido por todos los encargados de las cárceles o lugares de detención. Instruida de los antecedentes, decretará su libertad inmediata o hará que se reparen los defectos legales o pondrá al individuo a disposición del juez

recurso de Habeas Corpus en otras legislaciones), y el recurso de Protección Constitucional⁴⁸ (que en el derecho comparado está conocido como recurso de Amparo). A raíz de una amplia reforma procesal penal, implementada desde fines del año 2000, se modificó también el Código Orgánico de Tribunales (COT). Se introducen en la legislación chilena los "Juzgados de Garantía". El artículo 14, en su letra f del COT señala como una de las funciones de este órgano jurisdiccional: "Corresponderá a los jueces de garantía: 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". Convenimos con la abogada chilena María Inés Horvitz (2003), en el sentido que la obligación aquí establecida, significa en la práctica que "a falta de un juez de garantía de ejecución penitenciaria, la ley atribuye a los jueces de garantía (...) competencia para resolver las solicitudes y reclamos de los reos o penados y de las personas a quienes se haya aplicado una medida de seguridad que se planteen durante el tiempo de ejecución de la condena o la medida"⁴⁹. Entonces, existe legalmente también la posibilidad, tanto para presos preventivos como para condenados, de acceder a la justicia, recurriendo al juez de garantía. En la práctica, esta vía de acceso a la justicia se da sólo para los presos preventivos. Los jueces de garantía aún no asumen la responsabilidad de "resolver las solicitudes reclamos" que tengan los reos condenados. Por ello, no vamos a ahondar aquí en el análisis de este dispositivo⁵⁰.

La ejecución de la pena privativa de libertad en Chile, está reglamentada en un decreto elaborado por el Ministerio de Justicia y publicado en 1998⁵¹ (Decreto Supremo). De esta manera, los derechos en el ámbito penitenciario encuentran su reflejo en una norma inferior a una ley, que puede ser modificada en cada momento a discreción del poder ejecutivo. El Reglamento Penitenciario establece que "el interno se encuentra en una relación de derecho público con el Estado, de manera que fuera de los derechos perdidos

competente, procediendo en todo breve y sumariamente, y corrigiendo por sí esos defectos o dando cuenta a quien corresponda para que los corrija. El mismo recurso, y en igual forma, podrá ser deducido en favor de toda persona que ilegalmente sufra cualquiera otra privación, perturbación o amenaza en su derecho a la libertad personal y seguridad individual. La respectiva magistratura dictará en tal caso las medidas indicadas en los incisos anteriores que estime conducentes para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado."

⁴⁸ El Artículo 20 de la Constitución chilena dispone: "El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1º, 2º y 3º, inciso cuarto, 4º, 5º, 6º, 9º inciso final, 11º, 12º, 13º, 15º, 16º en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19º, 21º, 22º, 23º, 24º y 25º podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectivas, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes. Procederá, también, el recurso de protección en el caso del N° 8º del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto arbitrario e ilegal imputable a una autoridad o persona determinada."

⁴⁹ Horvitz (2003: 204).

⁵⁰ Para un análisis en profundidad, véase Jörg Stippel (2006: 259-273).

⁵¹ Decreto Supremo N° 518, publicado en el Diario Oficial el 21 de Agosto de 1998. Con este decreto se reemplazó un decreto anterior del 9 de Febrero de 1993, Decreto Supremo N° 1771.

o limitados por su detención, prisión preventiva o condena, su condición jurídica es idéntica a la de los ciudadanos libres."⁵² Distintas leyes accesorias y otros decretos contienen disposiciones adicionales especialmente sobre la libertad condicional⁵³ y penas alternativas⁵⁴.

En cuanto a la historia de la legislación chilena cabe destacar lo siguiente: después del retorno a la democracia, se instaló una comisión especial de la Cámara de Diputados a cargo de elaborar propuestas sobre un nuevo enfoque político para la superación de los problemas existentes en el ámbito carcelario⁵⁵. Como resultado de su trabajo, se hicieron entre otros, las siguientes proposiciones: promulgación de una ley penitenciaria; modernización de la administración penitenciaria; instauración del control judicial sobre los centros penitenciarios; diferenciación entre los lugares de detención entre procesados y condenados; acercamiento de la sociedad civil con la problemática de la ejecución penal. Para fundamentar la necesidad de un control judicial sobre los Centros Penitenciarios se señala que: "Todos los elementos que componen una política general penitenciaria deben ser objeto de control por parte de organismos jurisdiccionales, en lo posible tribunales especializados destinados a garantizar el cumplimiento de las normas y la aplicación de los principios del Estado de Derecho al interior de los recintos carcelarios"⁵⁶. A pesar de este informe, en Chile aún no existe una ley penitenciaria, ni se cuenta con una justicia especializada.

La problemática de la falta de una judicatura especial en las causas penitenciarias se ha replanteado en el marco de las discusiones parlamentarias sobre el nuevo Derecho Procesal Penal. El Artículo 11 del Proyecto de Ley del nuevo Código de Procedimiento Penal (1995), contenía aún una disposición expresa que establecía que el Juez de Garantía debía tener una competencia absoluta en relación a las causas penitenciarias, hasta que se haya instaurado una judicatura especial para el ámbito penitenciario⁵⁷. Sin embargo, la discusión parlamentaria no ha derivado en la constitución de juzgados de

⁵² Ver artículo 2 del Reglamento Penitenciario. En este contexto el principio N° 5, de los Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos, adoptados y proclamados por la Asamblea General, en su Resolución 45/111, de fecha 14 de diciembre de 1990, establece 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 las libertades fundamentales consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos...en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo 33, así como de los demás derechos estipulados en otros instrumentos de las naciones Unidas.*"

⁵³ Decreto Ley N° 321 sobre Libertad Condicional; y el decreto respectivo, Decreto N° 2442, Reglamento de Libertad Condicional.

⁵⁴ Ley N° 18216 del 14 de mayo de 1983, Ley que establece Medidas Alternativas a las Penas privativas o restrictivas de libertad; y el respectivo decreto, Decreto Supremo N° 1120 del 18.01.1984

⁵⁵ La llamada Comisión Especial Investigadora de los Problemas Carcelarios del País. Vea Escobar Aguirre (1993), p.p. 243 y siguientes.

⁵⁶ Vea Escobar Aguirre (1993: 246).

⁵⁷ El texto original del artículo 11 dice: "*Mientras no se establezcan tribunales especializados, la ejecución de las condenas criminales será supervisada por los tribunales que hubieren dictado la condena respectiva.*" Texto contenido en la "Propuesta Anteproyecto Nuevo Código de Procedimiento Penal", Ministerio de Justicia, Fundación Paz Ciudadana, Cooperación de Promoción Universitaria, Santiago-Chile, enero de 1995, Pág. 31.

ejecución penal o de vigilancia. En la literatura se señala que, si bien los sucesivos gobiernos habrían constatado la necesidad de elaborar una Ley Penitenciaria y de instaurar una judicatura especial, al parecer no se habría incorporado en el calendario legislativo una reforma en este ámbito (Riego, 2000: 184).

Desde que el nuevo Derecho Procesal Penal fue introducido en todo el país⁵⁸, vuelve a discutirse la necesidad de elaborar una base legal amplia para regular las relaciones jurídicas y la protección jurídica en la ejecución penal. Jorge Mera y Jaime Couso (2003) señalan, que la ausencia de una base legal para la ejecución de las penas privativas de libertad constituye una violación del principio “nulla poena sine lege”. En la materia que se estudia, este sería el caso, pues el principio de legalidad implica que la ley debe establecer la naturaleza, monto y forma de ejecución de una pena. Para ello, esta última debe ser regulada legalmente pues su ejecución siempre significa una privación o exclusión de otros derechos constitucionales⁵⁹. Por su parte Eduardo Sepúlveda (2005), ve en la ausencia de una base legal para el ámbito de la ejecución de las penas privativas de libertad, una violación a los principios rectores del Estado de Derecho y a los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile. Al parecer algunos parlamentarios comparten esta opinión, pues en el marco de la discusión del Proyecto de Ley sobre el nuevo derecho procesal penal, expresaron que: “(...) el defecto del sistema actual (de ejecución penal) es su inconstitucionalidad”⁶⁰

2.2 Problema investigado

La investigación se planteó el problema del acceso a la justicia de las personas privadas de libertad en Chile, analizándolo desde dos perspectivas. Primero, desde la perspectiva del usuario. ¿En qué casos, movilizan o dejan de movilizar las personas privadas de libertad sus derechos en el ámbito carcelario? Se parte de la convicción que a pesar de tener derechos, a menudo, las personas privadas de libertad no los reclaman y, en el marco del estudio, se buscan razones que permiten explicar esta posible falta de interés de acceder a la justicia. Segundo, desde la perspectiva del sistema judicial. ¿Cómo opera la justicia chilena cuando una persona privada de libertad pretende acceder a

⁵⁸ En diciembre de 2000 se implementó el nuevo Derecho Procesal Penal en dos regiones de Chile. Desde entonces su aplicación se ha ido extendiendo en intervalos anuales al resto de las (en éste momento) 13 regiones de Chile. El cronograma previsto originalmente por el legislador para la implementación de la reforma ha sido postergado dos veces, de forma que Santiago fue incorporado recién en junio de 2005 al proceso. Vea Artículo 484 de la Ley 19696.

⁵⁹ Mera y Couso (2003: 116).

⁶⁰ Citado de “Cámara de Diputados, Comisión de Constitución, legislación y Justicia, Historia de la Ley No.1, Boletín No. 1630-07, Primer trámite Constitucional, Tomo II, Publicación Oficial, Redacción de Sesiones, Págs. 372/373. El texto original dice: “En Chile, un juez de ejecución penal. (...) Sobre el particular, se destacó la existencia de criterios dispares de política carcelaria entre el juez y el director de Gendarmería, o el Gobierno, lo cual es una situación bastante compleja, porque quien maneja el establecimiento penitenciario es el Gobierno. A lo anterior, se agregó que el defecto del sistema actual es su inconstitucionalidad. La Constitución no permite que la ejecución de la sentencia sea encomendada a la administración.”

los órganos jurisdiccionales para hacer valer sus derechos y qué posibilidades de éxito tiene? Aquí el enfoque del análisis es similar a aquel utilizado en los estudios realizados por los mencionados investigadores americanos y alemanes. Se analiza el tema del acceso a la justicia desde el momento en el cual la persona recurre a ella.

2.3 Investigaciones Previas

El funcionamiento práctico de los recursos constitucionales de amparo y protección ha sido criticado de forma general en diversas ocasiones. El Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2004, elaborado por la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, alude al recurso de protección afirmando que en la práctica "...es donde comienzan a observarse numerosos y determinantes obstáculos para el derecho de acceder a los tribunales de justicia y a obtener una tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales." Además critica, con justa razón, la legitimidad democrática de los Autos Acordados que limitan aún más el uso de este recurso constitucional⁶¹. Otra publicación establece que: "no existen mecanismos judiciales eficientes para poder hacer valer las responsabilidades por abusos de funcionarios de Gendarmería a los reclusos. En general, los jueces, (...), tienden a no involucrarse, como si fuera un tema que no les atañe fiscalizar..."⁶². A nivel internacional, el relator especial de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, recomendó a Chile en su informe del 4 de enero de 1996, que "Los jueces deben aprovechar plenamente las posibilidades que brinda la ley en cuanto al procedimiento de hábeas corpus (procedimiento de amparo). En particular deben tratar de entrevistarse con los detenidos y verificar su condición física. La negligencia de los jueces con respecto a esta cuestión debería ser objeto de sanciones disciplinarias."⁶³. A pesar de estas críticas generales, no existen estudios empíricos acerca del funcionamiento real de estos recursos constitucionales. La investigación hace un aporte en orden a exhibir qué sucede con la tramitación de recursos promovidos en materia penitenciaria e igualmente en relación a las razones que llevan a los presos a movilizar sus derechos, lo que tampoco había sido estudiado en profundidad.

⁶¹ De hecho el informe afirma que esta situación irregular "...es tolerada diariamente por todos los que operan en el sistema judicial-jueces, abogados, académicos-y, desde luego, por el poder político." Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2004, página 30.

⁶² Universidad Diego Portales y CEJIL 2002, página 15.

⁶³ Informe del Relator Especial Sr. Nigel S. Rodley, presentado con arreglo de la resolución 1995/37 de la Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/1996/35/Add. 2, página 24, recomendación I: cabe mencionar que esta negligencia, en la legislación chilena, no sólo podría ser sujeto de una sanción disciplinaria, sino de una sanción penal, según el artículo 225 Num. 3 y 5 del Código Penal.

2.4 Metodología del Estudio

Para la primera línea de investigación se aplicó, entre agosto y septiembre de 2003, una encuesta de carácter probabilística a 594 internos pertenecientes a 5 penales de la Región Metropolitana (Colina I y II, CDP Santiago Sur, CDP San Miguel, CPF Santiago). La encuesta resguardó el anonimato de los consultados, siendo el cuestionario construido en base a preguntas cerradas y semi-abiertas. En cuanto a la segunda línea de investigación, el universo del estudio estuvo constituido por 459 recursos judiciales presentados por materias relacionadas con el tratamiento penitenciario, durante los años 2000, 2001 y 2002 en las Cortes de Apelaciones de Santiago y San Miguel. Los recursos fueron interpuestos por personas privadas de libertad, sus cercanos o sus abogados. La información recogida de estos expedientes, permitió la creación de una base de datos.

2.5 Resultados y Discusión

2.5.1 Movilización de derechos

Para que la persona privada de libertad esté conciente de sus derechos y los pueda ejercer, la normativa internacional exige que, al ingresar a un establecimiento penitenciario, se le proporcione la información necesaria para conocer sus derechos y obligaciones. Esta información la debe recibir de forma escrita⁶⁴. En Chile no existe una norma parecida en cuanto al conocimiento de derechos al interior del recinto penitenciario, el 58,5% de los presos declara no conocerlos. Como podemos ver en la siguiente tabla, la desinformación tiende a disminuir en la medida que el interno lleva más tiempo en el recinto, lo que nos entrega algunas luces respecto que tal conocimiento se incrementa en la propia estadía en el recinto y no responde a una política penitenciaria.

Tabla 1: “¿Conoce usted sus derechos? / tiempo en prisión”

¿Conoce usted sus derechos?	Tiempo en Prisión		
	Hasta 1 Año	Entre 1 y 5 Años	Más de 5 Años
	%	%	%
Sí	36,3%	40,3%	67,7%
No	63,7%	59,7%	32,3%

⁶⁴ Vea regla 35 de las Reglas Mínimas.

Total	100,0%	100,0%	100,0%
-------	--------	--------	--------

Estos datos nos hablan de un alto porcentaje de desconocimiento de los derechos fundamentales al interior de los penales. Asimismo el resultado refleja la aparente falta de una política estatal institucional de promoción del conocimiento de los derechos dentro de los recintos carcelarios. Dicho de otra manera, tener derechos no basta, hay que conocerlos para poder ejercerlos. Al preguntar a los presos si consideraban que se les había violado algún derecho, se infiere que existe una relación directa entre el tiempo en prisión y las respuestas relativas a la ocurrencia de violaciones a sus derechos. Los internos que llevan más tiempo en recintos penales señalan, en mayor medida, haber sido víctimas de algún tipo de vulneración a sus derechos.

Tabla 2: “¿Considera que se le ha violado algún derecho? / tiempo en prisión”

¿Considera que se le ha violado algún derecho?	Tiempo en Prisión		
	Hasta 1 Año	Entre 1 y 5 Años	Más de 5 Años
	%	%	%
Sí	41,6%	50,6%	76,0%
No	57,9%	48,3%	24,0%
NS/NR	0,5%	1,1%	0%
Total	100,0%	100,0%	100,0%

Estos datos nos obligan a pensar el por qué son justamente aquellos que llevan más tiempo en los recintos penales, y en este sentido también quienes llevan más tiempo “re-socializándose”, los que perciben que sus derechos son menos respetados. Frente a las situaciones irregulares que ocurren en los centros penitenciarios, señaladas por los propios prisioneros, indagamos sobre los reclamos formales que se hicieron frente al atropello de sus derechos, encontrando que tan sólo el 32,1% hizo uso de algún tipo de reclamo, frente a un 67,9 % que no lo hizo. Consultados sobre las razones por la cuales no realizaron un reclamo en contra de la violación de sus derechos, podemos notar que las razones varían según el grupo analizado:

Tabla N° 3: “Razones de no reclamación X Tiempo en prisión”

Razones para no reclamar	Tiempo en Prisión		
	Hasta 1 Año	Entre 1 y 5 Años	Más de 5 Años
	%	%	%
No sabía como hacerlo	21,6%	22,0%	12,2%
No sabía que podía hacerlo	3,2%	8,6%	0%
Tenía temor a represalias	36,3%	26,3%	33,6%
No confiaba en que tuviera los resultados que esperaba	31,6%	27,6%	49,5%
Otra	7,3%	15,6%	4,7%
Total	100,0%	100,0%	100,0%

El hecho que el 49,5 % de las personas que llevan más de 5 años encarcelados no reclaman en contra de una vulneración de sus derechos, porque estiman que tal acción no tendría los resultados que esperaban, y que el 33,6 % de ellos no reclamó por temor a represalias, es un dato preocupante en cualquier estado democrático de derecho. El modelo de control en las cárceles chilenas corresponde claramente al modelo autoritario descrito por Ditchfield. Los datos confirman que con el transcurso del tiempo se profundizan las costumbres de conformismo pasivo y oportunismo, el interno se convierte de un buen detenido en un mejor detenido. La institución total⁶⁵ produce sujetos conformes con su propia marginalización, desanimados de reclamar el respeto de sus propios derechos frente a las estructuras estatales, aptos entonces para ser vulnerados.

2.5.2 Acceso a la justicia

La mayor parte de los recursos constitucionales son presentados por los familiares 56,6% (260) de las personas privadas de libertad, seguido por los propios internos 28,1 % (129) y con menor frecuencia por los abogados el 15,3% (70). Tanto el recurso de protección como el de amparo pueden ser interpuestos no sólo por el afectado, sino que también, en su nombre, por cualquier persona capaz de comparecer en juicio, aún sin mandato especial. Sin embargo, existen recursos que presentados inicialmente por los familiares o los afectados, durante la tramitación del mismo, designan abogado patrocinante. Así, nos encontramos con que en el 7,3% (19) de los recursos presentados por familiares (260), se designa abogado en el transcurso del juicio, a diferencia de los afectados que realizan dicha acción en un 9,3% (12) de los 129 casos. En definitiva en el 22% (101) de los recursos existió defensa letrada,

⁶⁵ Goffmann define una Institución Total como: "Un lugar de residencia y trabajo, donde un gran número de individuos en igual situación, aislados de la sociedad por un período apreciable de tiempo, comparten en su encierro una rutina diaria, administrada formalmente. Las cárceles sirven como ejemplo notorio (...)". Citado según José Luis Pérez Guadalupe en "La construcción social de la realidad carcelaria", Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo editorial 2000, página 95.

frente a un 78% (358) en que no existió⁶⁶. Los resultados nos permiten hacer una lectura de la importancia de la familia o de contar con alguien en el exterior del penal para poder reclamar el cumplimiento de derechos. La menor cantidad de recursos interpuestos por reclusos se explica por diversas razones, entre ellas la falta de conocimiento de sus derechos y la forma de hacerlos valer, la poca confianza en los recursos de amparo y protección como mecanismo de solución de los conflictos, o bien el temor a sufrir represalias por denunciar la vulneración a sus derechos. El hecho que sólo un porcentaje menor de los internos contrata a un abogado para la tramitación de su recurso, tiene su razón en los costos que implica contar con defensa letrada⁶⁷. Además cabe destacar que existen muy pocos abogados especializados en materia penitenciaria, lo que se transforma en la principal causa de la mala tramitación de estas acciones.

La mayor parte de los recursos señala como responsable de la violación de los derechos a Gendarmería de Chile (GENCHI). Otra parte importante de los recursos no indica quién, supuestamente, es responsable por la violación de sus derechos. En cifras, esto implica que de los 459 recursos objeto del estudio, el 65,8 % (313) son interpuestos contra GENCHI; en el 26,5 % (126) no se especificó contra quién se interpone; el 3,6 % (17) se dirigió contra los juzgados; otro 2,3 % (11) se interpuso contra otros internos y un 1,9 % (9) se dirigió contra otras instituciones.

La Constitución no exige que un recurso de amparo o protección sea interpuesto en contra de una autoridad o persona determinada. Lo decisivo es que exista un menoscabo legal, no que se sepa quién es el responsable. La finalidad de los recursos constitucionales es justamente revertir situaciones ilegales para proteger a las personas. El hecho que la mayor parte de los recursos se interpusieran contra el servicio penitenciario refleja la percepción de los internos, sus familiares y abogados respecto a dicho servicio, al considerarlo como el principal responsable de la vulneración de los derechos en el ámbito penitenciario.

Los principales motivos de vulneración de derechos señalados en los recursos de amparo y protección son apremios ilegítimos (18,3%), amenazas de otros internos (17,2%), castigos injustificados (16,4) y traslado (16 %). Las principales

⁶⁶ Estas cifras son relevantes al relacionarlas con la cantidad de recursos declarados admisibles o acogidos. Así de los 101 recursos en que existió defensa letrada, un 68% (69 recursos) fue declarado admisible, un 28,7 % (29 recursos) fue declarado inadmisibles, y un 3% (3 recursos) no fue sometido a tramitación. Además, de esos 69 recursos (68%) declarados admisibles, el 66,7% (46 recursos) fue rechazado, un 29% (20 recursos) acogido y un 4,3% (3 recursos) desistido. Lo importante de estas cifras, pese a parecer menores, es que al analizarlas en comparación con los otros recurrentes, los resultados de éstos fueron más favorables.

⁶⁷ El Manual de Buena Práctica Penitenciaria explica esta situación de la siguiente manera: "La mayor desventaja de la revisión judicial es que requiere de mucho dinero en honorarios legales (costas) y para los abogados. La mayoría de los presos no pueden acceder a tales recursos y son incapaces, por tanto, de recusar en la corte o alguna otra forma adecuada, medidas disciplinarias y otras, que resultan en la violación de sus derechos.", página 59, punto 95.

preocupaciones desde y hacia las personas privadas de libertad llevan relación con la integridad física y seguridad personal, lo que revela el ambiente de inseguridad que perciben los recurrentes en las cárceles. La cifra actual de denuncias por apremios ilegítimos y castigos injustificados es preocupante. Cada una de estas denuncias podría implicar la comisión de un hecho delictivo por parte de funcionarios estatales.

De todos los recursos objeto de nuestro estudio, el 60,8% (279 recursos) fue declarado admisible; el 33,6% (154 recursos) fue declarado inadmisibile y el 5,7% (26 recursos) no fue sometido a tramitación. Del total de los recursos de amparo y protección del universo de los recursos objeto de este estudio (459), un 94,1% fue declarado inadmisibile o rechazado y tan sólo un 5,9 % obtuvo un resultado favorable al recurrente⁶⁸. Al analizar los datos referentes al examen de fondo correlacionados con quienes presentaron los recursos, el estudio da cuenta que casi la totalidad de los recursos presentados por los mismos internos (98,5%) ha sido rechazado. Las probabilidades de éxito son mejores cuando los recursos son presentados por familiares (4,1%). No obstante, para tener una posibilidad real de éxito se requiere de la asistencia de un abogado que, en la gran mayoría de los casos, no puede ser costeadada por parte de las personas presas.

3. Conclusiones

La humanización del sistema penitenciario, necesariamente pasa por una regulación, clara y exigible, de los derechos de la persona privada de libertad. Para deshacerse del clásico modelo autoritario de administración de los centros de reclusión, se requiere un real acceso a la justicia de los presos y un efectivo control judicial. En América Latina, se puede percibir que después de la vuelta a la democracia y a consecuencia de las reformas al procedimiento penal, también el tema de la protección legal de las personas privadas de libertad comenzó a ser considerado. A pesar de ello, faltan políticas de difusión de derechos y capacitación legal en el ámbito penitenciario. Los presos tampoco tienen posibilidades reales de reclamar la violación de sus derechos ante la justicia. Esto se debe tanto a la falta de asistencia letrada como a la cultura jurídica de corte inquisitiva que prevalece en el ámbito judicial cuando se trata

⁶⁸Este resultado se detalla como sigue: De los 279 recursos declarados admisibles, un 88,5% (247 recursos) es rechazado, y sólo un 9,7% (27 recursos) es acogido, en tanto un 1,8% es desistido (5 recursos). Hay que tener en cuenta, que están incluidos los casos de segunda instancia. Es decir, las cifras antes indicadas incluyen los resultados de la Corte Suprema, pudiendo encontrarse entre estos datos recursos de protección o amparo que han sido revocados o confirmados por la Corte Suprema. Así, si un recurso rechazado por la Corte de Apelaciones es luego acogido por la Corte Suprema, para todos los efectos es un recurso acogido, y un recurso acogido y luego rechazado por la Corte Suprema es un recurso rechazado.

del control judicial de la actividad penitenciaria⁶⁹. La experiencia comparada demuestra que el impulso para el mejoramiento del acceso a la justicia de las personas privadas de libertad, puede provenir de organismos internacionales, cortes nacionales o de la presión de los propios presos. Es de esperar, que las Cortes, en el futuro, ya no se sigan desentendiendo del control judicial de la actividad penitenciaria, que desaparezca la vieja práctica inquisitiva que, en las palabras de Alberto Binder (1996) "(...) se desentendía de la ejecución de las penas ya que ello era un problema de los verdugos y no de los jueces"⁷⁰. La experiencia comparada demuestra, que es posible cambiar esta percepción a fin de garantizar el acceso a la justicia de las personas privadas de libertad.

4. Bibliografía

Ariza H., Libardo José (2005): "La prisión ideal: intervención judicial y reforma del sistema penitenciario en Colombia", en Daniel Bonilla y Manuel A. Iturralde edtr. "Hacia un nuevo derecho constitucional", Colombia, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, p. 283-328.

Binder, Alberto M. (1996): "Diez tesis sobre la reforma de la justicia penal en América Latina", Revista "Contribuciones" 3/1996, CIEDLA, p. 7-22.

Blankenburg, Erhard (1995): "Mobilisierung des Rechts - Eine Einführung in die Rechtssoziologie", Springer Verlag, Heidelberg.

Ditchfield, John (1990): "Control in Prisons: a review of the Literature, London.

⁶⁹ La cultura inquisitiva ha sido caracterizada por "formalista, ritualista, medrosa, poco creativa, preocupada por el trámite y no por la solución del conflicto, memorista y acrítica". Vea Alberto Binder (1996: 10).

⁷⁰ Alberto Binder (1996: 21).

Escobar Aguirre, Fernando, edtr. (1993): "El sol en la ciudad", Santiago.

Feest, Johannes (2005): "Elaboración y Contenido de la Ley Penitenciaria y su Impacto en el Sistema Penitenciario Alemán", Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciarios, Santiago de Chile, Octubre 2005.

— (2003): "La Protección Jurídica en el Àmbito Carcelario Alemán", Boletín Jurídico del Ministerio de Justicia, Santiago de Chile, Noviembre 2003.

— , Lesting, Wolfgang y Selling, Peter (1997): "Totale Institution und Rechtsschutz- Eine Untersuchung zum Rechtsschutz im Strafvollzug", Westdeutscher Verlag, Opladen.

Foster, Steve (2005): "The Negligence of Prision Authorities and the Protecion of Prisoner´s Rights", Revista Liverpool Law Review, Volúmen 26, p. 75-99.

Fradella, Henry F. (1999): "In Search of Meritous Claims: A Study of the Processing of Prisoner Civil Rights Cases in a Federal District Court", Revista The Justice System Journal, volume 21/1, 1999.

Horvitz Lennon, María Inés (2003): "Derecho Procesal Chileno", Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

Livingstone, Stephen y Owe, Tim (1993): "Prison Law - Text and Materials", Clarendon Press, Oxford.

— (2000), "Prisoner´s rigths in the context o the European Convention on Human Rights", Revista Punishment & Society, 2, 3, p. 309-324.

Mera F., Jorge y Couso S., Jaime (2003) Ministerio de Justicia (2003): "Ejecución de Penas y Reinserción Social", Boletín Jurídico, Nº 4-5, Santiago de Chile.

Ministerio de Justicia, Paz Ciudadana, C.P.U. (1995): "Propuesta Anteproyecto Nuevo Código de Procedimiento Penal", Santiago.

Pérez Guadalupe, José Luis: "La construcción social de la realidad carcelaria", Fondo Editorial 2000, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima. 2000.

Reforma Penal Internacional (2002): "Manual de Buena Práctica Penitenciaria – Implementación de las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos", segunda edición, Guayacán.

Riego, Cristian: en "Las Reformas Procesales Penales en América Latina", Editorial AD-HOC, Buenos Aires, 2000.

Rivera Beiras, Iñaki (2006): "La cuestión carcelaria, Historia, Epistemología, Derecho y Política penitenciaria", Editores del Puerto, Buenos Aires.

Schlanger, Margo (2003): Inmate Litigation, Revista Harvard Law Review, Volume 115, p. 1555-1706.

Sepulveda, Eduardo (2005): "La reforma a la Justicia Penitenciaria, su dimensión procesal. El ordenamiento jurídico penitenciario chileno: sus reformas más urgentes", Documento de Trabajo del "Diplomado Internacional, Estado de Derecho y Reformas a la Justicia", Módulo VIII, Universidad de Chile.

Stippel, Jörg Alfred (2006): "Las cárceles y la búsqueda de una política criminal para Chile", LOM Ediciones, Santiago de Chile.

Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho (2005): "Informe Anual de Derechos Humanos en Chile, 2005", Santiago de Chile.

Universidad Diego Portales, CEJIL (2002): "Tortura, Derechos Humanos y Justicia Criminal en Chile", Santiago.

5. Del autor

Jörg Alfred Stippel, nace 1970 en Münster, Alemania. Estudia derecho en Münster (WWU) y en la Universidad Católica de Bolivia. De 1997 a 1999 realiza sus pasantías profesionales en diferentes instituciones en Alemania, Ecuador e Inglaterra. Después de dar su segundo examen de estado, comienza a trabajar como consultor en un proyecto de la cooperación técnica alemana (GTZ) en Bolivia. Trabaja en el área de adecuación normativa y en el área de capacitación del Equipo Técnico de Implementación (ETI) del nuevo Código de Procedimiento Penal (NCPP). Parte de su trabajo consistía en la elaboración del anteproyecto de Ley de Ejecución de Penas y Supervisión (Ley No. 2298). Desde el año 2001 hasta fines del 2006, trabaja como jefe del proyecto "Reforma Judicial" de la cooperación técnica alemana (GTZ) en Chile. Aquí realiza varios estudios socio-jurídicos relacionados a la realidad carcelario chilena, además impulsa la elaboración de un anteproyecto de ley de ejecución penal. Es autor

de varios libros, materiales de capacitación interactiva, películas de capacitación y artículos, en parte disponibles en el sitio Web www.gtzreformajudicial.cl . Entre los trabajos destacan: „Las cárceles y la búsqueda de una política criminal para Chile”, LOM- Editores, Santiago de Chile 2006; “De la Teoría a la Práctica- a través de casos desarrollados”, Plural Editores, La Paz- Bolivia 2002 (elaborado con Cecilia Rosenauer); “Cárcel de San Pedro”, Ed. ILDIS, La Paz, 1994 (elaborado con Juan Carlos Pinto Quintanilla).