

INICIATIVA CONVENCIONAL CONSTITUYENTE

SOBRE DERECHOS DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD

DE: Convencionales firmantes

PARA: Mesa Directiva

Según lo dispuesto en los artículos 81 y 83 del Reglamento General de la Convención Constitucional, los convencionales constituyentes firmantes presentamos la siguiente iniciativa para que, una vez declarada admisible por la Mesa Directiva, sea distribuida a la Comisión Temática sobre Derechos Fundamentales en los términos del artículo 67 letra r) del Reglamento General ya citado.

FUNDAMENTOS

I. CONTEXTO

Diagnóstico de la situación y normativa actual

Distintos informes evacuados por órganos del Poder Judicial, Universidades¹ y organismos de Derechos Humanos vienen dando cuenta de una situación de vulneración estructural de los derechos humanos de las personas privadas de libertad en recintos penitenciarios.

El año 2009 la Fiscalía Judicial de la Corte Suprema dio cuenta de dos problemas fundamentales de las cárceles chilenas: primero, que las condiciones de hacinamiento afectan la integridad física de los internos y provocan condiciones de vida degradantes, y, segundo, que existe una falta de políticas y acciones penitenciarias para la rehabilitación de los internos². El diagnóstico se mantiene intacto en otros informes posteriores sobre la materia, especialmente el Informe de la misma Fiscalía del año 2018³. De igual modo, en el año 2019, la Fiscalía de la Corte Suprema expidió un informe titulado “Situación Recintos Penitenciarios en Pandemia Covid-19” donde afirma que “Es necesario, y esta pandemia lo pone de manifiesto, revisar la situación carcelaria desde una perspectiva global que comprenda los fines de la sanción penal y las condiciones y posibilidades de reinserción”⁴.

¹ A vía ejemplar: Centro de Derechos Humanos UDP, “Derechos humanos de los privados de libertad: las cárceles en Chile: ¿avances o mantenimiento del status quo?”, en *Informe Anual Sobre Derechos Humanos en Chile 2018*, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales; Tomás Vial Solar (editor general), 2018, pp. 381-403.

² Informe de la Fiscal Judicial de la Corte Suprema, Mónica Maldonado Croquevielle, expuesto el día 1° de junio de 2009 ante la Comisión De Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado de La República, p. 13. Disponible en <https://ciperchile.cl/wp-content/uploads/Informe-de-fiscal-de-Carceles.pdf>

³ Fiscalía Judicial de la Corte Suprema, Lidia Graciela Cabello Abdala, “Principales problemas detectados en las visitas de cárceles realizadas el año 2017 por los fiscales judiciales.”. Disponible en https://www.cooperativa.cl/noticias/site/artic/20180219/asocfile/20180219123321/informe_fiscalia_carceles.pdf

⁴https://www.pauta.cl/pauta/site/docs/20200414/20200414174213/informe_final_carceles_por_pandemia.pdf. (Consulta 18.01.2022).

Desde el año 2013 el Instituto Nacional de Derechos Humanos ha elaborado estudios sobre las condiciones carcelarias y el cumplimiento de estándares internacionales de derechos humanos que abarcan análisis de datos desde el año 2011. Tal como la Fiscalía Judicial de la Corte Suprema, los informes son coincidentes en acreditar la existencia de diversas vulneraciones a los derechos humanos transversales a los distintos recintos del país⁵. En cuanto a las condiciones de alojamiento y habitabilidad existe hacinamiento, precariedad, privación del acceso al agua y camas, presencia de plagas que existen problemas en la segregación. En materia de alimentación, existen problemas en las condiciones de salubridad de la preparación, distribución y comedores, mala calidad de los alimentos y falta de consideración de requerimientos especiales por razones de salud y cultura. En cuanto a los servicios médicos, se acreditaron obstáculos para el ejercicio del derecho a la salud física y mental, como falta de acceso a atención de salud, de personal, de medicamentos, deficiente infraestructura en enfermería, vulneración de los derechos de privacidad y confidencialidad, falta de cobertura de salud mental y de atención especial a personas con VIH. Respecto al régimen de visitas y contacto con el exterior, las principales vulneraciones de derechos se producen respecto a las personas que asisten como visitas, quienes sufren tratamientos vejatorios, desnudamientos, largas esperas, falta de dependencias para efectuar las visitas íntimas y obstáculos al uso de comunicación telefónica. En relación al régimen interno, existe una alta aplicación de sanción disciplinaria de aislamiento y privación de visitas, el uso de sanciones extra reglamentarias y vulneración de derechos en los procedimientos de allanamientos. Los Informes constatan también la afectación de los derechos a celebrar ceremonias religiosas y prácticas culturales de los pueblos originarios, entre otros derechos vulnerados.

El quinto Informe del Instituto de Derechos Humanos, que está próximo a publicarse, ratifica que persiste la misma vulneración estructural de derechos humanos en el Sistema Penitenciario chileno⁶.

Como señala Fernández Ponce “uno de los rasgos característicos de nuestro sistema de ejecución penal es que no existe, a diferencia de lo que ocurre en otros países, una ley que regule de manera orgánica y unitaria todo lo relativo a la ejecución de penas y a las medidas de seguridad”⁷. Esta situación conlleva un corpus penitenciario difuso, que destaca por su falta de sistematicidad y por mantener una regulación histórica de la ejecución de las penas por vía reglamentaria. En este sentido, se revela una clara vulneración al principio de legalidad de las penas en cuanto a la relación jurídico penitenciaria.

Otro eje problemático es la ausencia de tribunales especializados que ejerzan control judicial efectivo de la ejecución material de las penas. Si bien, en el Código Procesal Penal y el Código Orgánico de Tribunales confieren facultades a los tribunales que dictaron la sentencia

⁵ Instituto Nacional de Derechos Humanos, “Estudio de las Condiciones Carcelarias en Chile. Diagnóstico del cumplimiento de los estándares internacionales de Derechos Humanos.” Santiago, Chile, años 2013, 2017, 2018, 2020; “Estándares Internacionales en Materia de Personas Privadas de Libertad y Condiciones de los Centros Penitenciarios: Sistematización, Análisis y Propuestas”, 2012; “Personas Privadas de Libertad y Medidas Disciplinarias en Chile: Análisis y Propuestas desde una Perspectiva de Derechos Humanos”, 2013 Disponibles en <https://bibliotecadigital.indh.cl>

⁶ La Tercera, “Reclusos están hasta 20 horas sin comida y deben compartir camas: el crudo informe del INDH sobre cárceles”. Disponible en <https://www.latercera.com/earlyaccess/noticia/reclusos-estan-hasta-20-horas-sin-comida-y-deben-compartir-camas-el-crudo-informe-del-indh-sobre-carceles/CRFIAVHKLVEDTMKOKAUHGEOANQ/>

⁷ Fernández Ponce, Marco. (2019), “Derecho Penitenciario Chileno”, Ed Hamurabi, Santiago de Chile. p. 52.

para ejercer control interno y a la realización de visitas a los recintos penitenciarios, a modo de control externo, las que en todo caso no son suficientes para cumplir con los estándares del sistema de protección de derechos humanos debido a la condición de vulnerabilidad de la población penal, persiste la imposibilidad de un control judicial efectivo y adecuado en la materia.

II. DERECHO INTERNACIONAL Y EXPERIENCIAS COMPARADAS

1. Instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos

De acuerdo a lo dispuesto en la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), que, en su artículo 23 reza *“Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos.”*, encontramos derechos particulares reconocidos internacionalmente respecto de las personas privadas de libertad. En el mismo tenor, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), en su artículo 25 indica *“Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades”*, comprendidos entre otros, el derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores; tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

Diversos organismos internacionales han instado a los estados a *“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 aquéllos cuya restricción no deriva necesariamente de la privación de libertad, y que, por tanto, no es permisible”* (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2004).

El PIDCP establece que el Estado tiene la obligación de brindar un trato digno a las personas privadas de libertad, un tratamiento diferenciado entre las personas imputadas y condenadas y entre adultos y niños, y consigna que el fin de la pena es la rehabilitación social, con un tratamiento especializado de los menores⁸. Asimismo, CADH, que reconoce el derecho a la integridad personal de las personas privadas de libertad, la prohibición de toda forma de torturas o tratos crueles, inhumanos y degradantes⁹, señala que *“toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”*.

⁸ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 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; b) 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. 3. 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.”

⁹ Convención Americana sobre Derechos Humanos, Artículo 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. 3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente. 4.

Por otro lado, el Comité de Derechos Humanos se ha pronunciado de manera similar a las normas citadas anteriormente, al respecto, *“las personas privadas de libertad no sólo no pueden ser sometidas a un trato incompatible con el artículo 7, incluidos los experimentos médicos o científicos, sino tampoco a penurias o a restricciones que no sean los que resulten de la privación de la libertad; debe garantizarse el respeto de la dignidad de estas personas en las mismas condiciones aplicables a las personas libres. Las personas privadas de libertad gozan de todos los derechos enunciados en el Pacto, sin perjuicio de las restricciones inevitables en condiciones de reclusión”*¹⁰.

En tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Caso Pacheco Teruel y otros contra Honduras, ha sintetizado los estándares internacionales de derechos humanos sentados en diferentes fallos, de la siguiente manera:

- “a) el hacinamiento constituye en sí mismo una violación a la integridad personal; asimismo, obstaculiza el normal desempeño de las funciones esenciales en los centros penitenciarios;*
- b) la separación por categorías deberá realizarse entre procesados y condenados y entre los menores de edad de los adultos, con el objetivo de que los privados de libertad reciban el tratamiento adecuado a su condición;*
- c) todo privado de libertad tendrá acceso al agua potable para su consumo y al agua para su aseo personal; la ausencia de suministro de agua potable constituye una falta grave del Estado a sus deberes de garantía hacia las personas que se encuentran bajo su custodia;*
- d) la alimentación que se brinde, en los centros penitenciarios, debe ser de buena calidad y debe aportar un valor nutritivo suficiente;*
- e) la atención médica debe ser proporcionada regularmente, brindando el tratamiento adecuado que sea necesario y a cargo del personal médico calificado cuando este sea necesario;*
- f) la educación, el trabajo y la recreación son funciones esenciales de los centros penitenciarios, las cuales deben ser brindadas a todas las personas privadas de libertad con el fin de promover la rehabilitación y readaptación social de los internos;*
- g) las visitas deben ser garantizadas en los centros penitenciarios. La reclusión bajo un régimen de visitas restringido puede ser contraria a la integridad personal en determinadas circunstancias;*
- h) todas las celdas deben contar con suficiente luz natural o artificial, ventilación y adecuadas condiciones de higiene;*

Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas. 5. Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento. 6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.”

¹⁰ Observación General del Comité de Derechos Humanos, número 21, 1992.

i) los servicios sanitarios deben contar con condiciones de higiene y privacidad;

j) los Estados no pueden alegar dificultades económicas para justificar condiciones de detención que no cumplan con los estándares mínimos internacionales en la materia y que no respeten la dignidad inherente del ser humano, y

k) las medidas disciplinarias que constituyan un trato cruel, inhumano o degradante, incluidos los castigos corporales, la reclusión en aislamiento prolongado, así como cualquier otra medida que pueda poner en grave peligro la salud física o mental del recluso están estrictamente prohibidas”¹¹

De acuerdo a los estándares internacionales en la materia, es menester señalar lo indicado en los “Principios Básicos para el tratamiento de los reclusos” desarrollados por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas de los Derechos Humanos, que, aunque no pudiese ser catalogado como un tratado internacional propiamente tal, sí constituye un compromiso suscrito por nuestro país. Dicho instrumento señala en su párrafo quinto 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 y, cuando el Estado de que se trate sea parte, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo, así como de los demás derechos estipulados en otros instrumentos de las Naciones Unidas.”*

Por último, y en relación a los pueblos y naciones indígenas preexistentes al Estado, el Convenio N° 169 de la OIT obliga a este a aplicar la legislación nacional respetando las costumbres y el derecho propio de los pueblos¹². Del mismo modo y de manera más específica, el Convenio obliga a todas las autoridades y tribunales del Estado llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales, a tener en cuenta sus costumbres¹³. Cuando se impongan sanciones penales, deberá tenerse en cuenta las características económicas, sociales y culturales y dar preferencia a tipos de sanción distintas del encarcelamiento¹⁴. En un sentido similar, la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas, que constituye el estándar conforme al cual interpretar el Convenio 169 de la OIT¹⁵,

¹¹ Corte IDH, Caso Pacheco Teruel y otros contra Honduras, Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 27 de abril de 2012, parr. 67.

¹² Convenio 169 de la OIT, artículo 8: “1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario. 2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio. 3. La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes.”

¹³ Convenio 169 de la OIT, artículo 9.2: “2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.”

¹⁴ Convenio 169 de la OIT, artículo 10: “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.”

¹⁵ Convenio 169 de la OIT, artículo 35: “Artículo 35:”La aplicación de las disposiciones del presente Convenio no deberá menoscabar los derechos y las ventajas garantizados a los pueblos interesados en virtud de otros

reconoce el derecho que estos tienen a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y costumbres o sistemas jurídicos¹⁶.

2. Constituciones comparadas

Diversas constituciones contemplan disposiciones de carácter penal o procesal penal tendientes a restringir el ejercicio del poder punitivo y, de esta manera, proteger la dignidad del condenado o condenada. Normas constitucionales que comprenden la prohibición del non bis in ídem, que establecen la personalidad de las penas o que, como la Constitución italiana, excluyen los tratamientos contrarios al principio de humanidad, buscan proteger al ciudadano y a la ciudadana creando límites al legislador para que no pueda, buscando rédito electoral, desconocer la dignidad de las personas condenadas, vulnerando garantías fundamentales al contemplar penas incompatibles con el respeto por los derechos humanos.

Del análisis de las constituciones comparadas que fueron revisadas para estos efectos es posible encontrar derechos fundamentales de los privados de libertad apuntando a la noción de que la pena privativa de libertad sólo afecta temporal y proporcionalmente la libertad de tránsito o desplazamiento. Tal es el caso de la Constitución española que en su artículo 25 señala *“El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad”*.

En términos de la consagración constitucional de la finalidad de la pena, algunas constituciones relevantes al respecto han establecido que, como lo hace la Constitución mexicana en su artículo 18 inciso segundo, *“El sistema penitenciario se organizará sobre la base del respeto a los derechos humanos, del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, observando los beneficios que para él prevé la ley”*. En similares términos encontramos la Constitución ecuatoriana que en su artículo 201 reza *“El sistema de rehabilitación social tendrá como finalidad la rehabilitación integral de las personas sentenciadas penalmente para reinserterlas en la sociedad, así como la protección de las personas privadas de libertad y la garantía de sus derechos. El sistema tendrá como prioridad el desarrollo de las capacidades de las personas sentenciadas penalmente para ejercer sus derechos y cumplir sus responsabilidades al recuperar la libertad”*.

convenios y recomendaciones, instrumentos internacionales, tratados, o leyes, laudos, costumbres o acuerdos nacionales.”

¹⁶ Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, artículo 34: “Los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos.”

III. OBJETIVOS DE LA PROPUESTA

1. Obligaciones generales del Estado respecto a personas privadas de libertad

a) Las personas privadas de libertad poseen la plena vigencia y goce de sus derechos fundamentales, con excepción de los que fuesen limitados, expresamente por una resolución judicial.

No puede desconocerse a ninguna persona su dignidad, ni los derechos que emanan de ella, por mas vil o baja que hayan sido sus conductas o actos¹⁷. Una pena privativa de libertad sólo debe afectar el derecho al libre desplazamiento de los individuos, los demás derechos constitucionalmente reconocidos a todas las personas debieran mantener su vigencia. Esto implica reconocer la calidad de ciudadanos y ciudadanas de estas personas y establecer mecanismos efectivos que permitan su participación política y su incorporación a la comunidad.

La excepción a lo anterior radica, de manera excepcional, en aquellos derechos que hayan sido limitados en virtud de la resolución judicial respectiva, ya sea condenatoria y firme, o en el caso de una medida cautelar. En este sentido, la propuesta establece un estándar riguroso de fundamentación a la resolución señalando que dicha limitación de derechos debe ser “*expresa y razonable*”.

b) Se reconocen derechos penitenciarios en consideración a la desigualdad estructural en la que se encuentran las personas privadas de libertad, quienes permanecen en espacios de exclusión y segregación social. Esta titularidad, no obstan a la universalidad de los derechos, pero la específica y orienta una protección adecuada por parte del Estado. Los bienes jurídicos protegidos por los derechos mantendrán su carácter de bien abstracto que interesa y es asegurado respecto de todas las personas, pero la Constitución, a la cabeza del ordenamiento jurídico, reconoce la realidad subyacente y particulariza la formulación de derechos, para alcanzar una efectiva igualdad.

Ya reconocía este proceso de especificación de los derechos humanos Norberto Bobbio, al señalar que “*Así, respecto al abstracto sujeto hombre, que había encontrado ya una primera especificación en el «ciudadano» (en el sentido de que al ciudadano le podían ser atribuidos derechos ulteriores respecto al hombre en general), se ha puesto de relieve la exigencia de responder con ulteriores especificaciones a la pregunta ¿qué hombre, qué ciudadano?*”¹⁸. En la misma línea de análisis, Peces Barba complementó el proceso de especificación, con la consideración a la situación espacial y temporal del titular del derecho en la categoría de la “persona situada”, que completa la “universalidad de llegada” con una “como punto de llegada”, a través del reconocimiento de derechos de colectivos específicos y el método de la diferenciación¹⁹.

Se encuentran en esta propuesta de norma: el derecho a hacer peticiones a la autoridad penitenciarias y a la judicatura para el resguardo de sus derechos, junto con el derecho a

¹⁷ Fernández, Marco Antonio, (2019) “Derecho Penitenciario Chileno” Editorial Hammurabi.p. 91.

¹⁸ Bobbio, Norberto;(1991) “Es tiempo de derechos”, Editorial Sistema. p.18.

¹⁹Peces-Barba, Gregorio, “La Universalidad de los derechos humanos”, disponible en https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10645/1/doxa15-16_30.pdf (Consulta 15.01.2022).

recibir una respuesta oportuna; el derecho a mantener la comunicación y el contacto personal, directo y periódico con sus redes de apoyo y personas encargadas de su asesoría jurídica; el derecho a la inserción social; a realizar trabajos productivos, cuyas ganancias no pueden ser imputadas ni a manutención o pago de sanciones penales o disciplinarias; derecho a la eliminación de antecedentes penales, los que no pueden ser considerados como información pública.

c) En cuanto al “rol especial de garante del Estado” frente a la posición de vulnerabilidad de la persona privada de libertad, es el Estado el primer obligado a velar por el resguardo y efectivo ejercicio de los derechos fundamentales de la población penitenciaria, así como también respecto de el derecho internacional de los derechos humanos en cuanto toda persona privada de libertad dentro de la relación jurídica penitenciaria.

Este rol de garante encuentra su fuente en el control que se realiza el Estado sobre las personas que se encuentran sujetas a custodia y las características propias del encierro, en las que la persona no puede satisfacer por su cuenta una serie de necesidades básicas para el desarrollo de una vida digna, sino que diversos aspectos de su vida se someten a una regulación fija, se produce un alejamiento de su entorno social y natural, de su intimidad y una radical disminución de opciones de autoprotección²⁰.

Lo anterior implica que el Estado debe otorgar una protección especial a las personas privadas de libertad adoptando, para ello, las medidas necesarias para asegurar el pleno goce y ejercicio de los derechos fundamentales y evitar, asimismo, que la administración penitenciaria realice acciones que puedan lesionar sus derechos. Esto implica, en la práctica, que el Estado se hace responsable de la población penal y debe rendir cuenta de las decisiones y procedimientos que se adopten, sin que exista espacio para la arbitrariedad en sus actuaciones²¹.

Este criterio ha sido ampliamente desarrollado en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En el caso Miguel Castro vs. Perú la Corte establece 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*”. Luego, en el caso Montero Aranguren y otros vs. Venezuela, se reafirma que “*El Estado se encuentra en una posición especial de garante frente a las personas privadas de libertad, toda vez que las autoridades penitenciarias ejercen un fuerte control o dominio sobre las personas que se encuentran sujetas a su custodia*”. En el caso “Instituto Reeducacional del Menor contra Paraguay”. En palabras del tribunal internacional, “*Frente a las personas privadas de libertad, el Estado se encuentra en una 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 e interacción especial de sujeción entre la persona privada de 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*

²⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 41/99, caso 11.491, Menores Detenidos Honduras, 10.03.1999.

²¹Fernández, Marco Antonio. (2019), “Derecho Penitenciario Chileno”. Editorial Hammurabi. p. 94 y ss.

*satisfacer por cuenta propia una serie de necesidades básicas que son esenciales para el desarrollo de una vida digna*²²

d) Se establecen prohibiciones expresas de sanciones que atenten en contra el principio de la dignidad humana y el enfoque a la inserción de la persona condenada. Así, se prohíbe totalmente la pena de muerte y se prohíben aquellas penas de carácter perpetuo o de duración ilimitada o indefinida. Esta norma constituye un avance notable en la humanización del derecho penal y la coherencia con el enfoque de inserción e inclusión.

e) La propuesta establece prohibiciones expresas de conductas que vulneren los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad. Así, se prohíbe toda tortura, trato cruel inhumano o degradantes; conductas que vulneran el derecho a la integridad personal y los trabajos forzados. Por otro lado, y de forma más específica, se prohíbe el aislamiento o incomunicación como sanción disciplinaria y la incomunicación en caso de investigación de delitos en que hubiere participados, salvo hipótesis calificadas señaladas expresamente por el legislador.

f) Finalmente se establece una obligación del Estado no sólo frente a las personas privadas de libertad, sino que frente a la familia y comunidad que pudiese ser afectada por la privación de libertad del condenado o imputado. Así, se consagra un deber general de mitigar los efectos adversos de la privación de libertad a través de medidas adecuadas de apoyo. Respecto de esto se tuvo en especial consideración la situación de aquellas personas que estén bajo cuidado o dependencia de las personas privadas de libertad, tales como niños niñas y adolescente, personas mayores o en situación de discapacidad, a quienes, de no mediar un apoyo del Estado, se les haría extensivo, injustamente, los efectos adversos de la privación de libertad.

2. Inserción e inclusión como deber del Estado para el trato humano de la vulnerabilidad

Considerando que por donde se miren las fronteras de la exclusión, no se sale verdaderamente de la exclusión sin llegar a un diálogo bidireccional con la sociedad, es decir, la persona lucha por salir de esa exclusión, por incluirse en la sociedad, pero la sociedad en la que esa exclusión se produce, también lucha por incluirla.

Zaffaroni ha esgrimido la crisis de las denominadas “ideologías o discursos re”²³ (re-adaptación, re-inserción, re-habilitación, etc) al establecer que estas nociones constituyen discursos lejanos de la realidad, por la aparición del deterioro como consecuencia del encierro, por cuanto pueden generar severos efectos sobre la autoestima de los sujetos que son parte del sistema penitenciario. De esta firma, y siguiendo a Arocena, resulta conveniente usar el concepto de inserción, más cercano a los principios de perfectibilidad humana²⁴, responsabilidad y autonomía, habilitando la posibilidad de plantear modificaciones positivas,

²² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Instituto de Reeducción del Menor contra Paraguay, sentencia del 2 de septiembre de 2004.

²³ Zaffaroni, R.E. (1990). “La Filosofía del Sistema Penitenciario en el Mundo Contemporáneo”.

²⁴ Arocena, G. (2014) Principios básicos de la ejecución de la pena privativa de la libertad. Editorial Hammurabi. p. 69.

y no solo adaptarse, al medio social extramuros. Dicho concepto considera a su base un enfoque radicado en el trato humano reductor de la vulnerabilidad como estrategia para el desistimiento del delito.

No hay inserción sin inclusión, y no hay inclusión sin reconciliación. Una comunidad social, que no sea inclusiva, que no sea reconciliadora, no es verdadera comunidad. Lo anterior sumado a la exclusión histórica injustificada para la población penal sólo contribuye a erosionar la cohesión social y los presupuestos de una democracia participativa.

Es necesario avanzar hacia la consagración del respeto irrestricto de la dignidad humana de las personas privadas de libertad, estando prohibido cualquier acto u omisión que atente contra esta. Contemplar la inserción y considerar a la comunidad y su entorno, exige que toda intervención se dirija a dicha finalidad, impidiendo que se ejecuten acciones o intervenciones meramente neutralizadoras o que atenten contra esa integración dentro del marco del régimen progresivo de salida al medio libre y el abordaje pospenitenciario.

Lo anterior de conformidad a lo establecido en el artículo 5.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos que, a partir de la consagración del derecho a la integridad personal indica en artículo indicado que *“Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.”*. Esta disposición constituye una norma con alcance y contenido propios cuyo cumplimiento efectivo implica que los Estados deben adoptar todas aquellas medidas necesarias para la consecución de tales fines. En términos similares, el artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que: *“El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados”*.

Al optar por el concepto de inclusión, se permite asumir el el proceso de privación de libertad de una forma integral, reconociéndole como un fenómeno complejo y diverso, que, a su vez, procure la adopción en dicha labor de diversos enfoques relevantes en la materia, a saber, enfoque de género interseccional, etario, pertinencia cultural, igualdad material y no discriminación, con especial consideración de las personas pertenecientes a grupos históricamente excluidos y aquellas en situación de vulnerabilidad.

3. Pueblos y naciones preexistentes

Según datos estadísticos²⁵ de Gendarmería de Chile al segundo semestre del año 2021, se encontraban en las cárceles chilenas más de 1.800 personas privadas de libertad de origen indígena, ya sea en calidad de imputadas o condenadas. La muestra también da cuenta de los caracteres de representatividad respecto de cada uno de los pueblos y naciones reconocidos por el Estado. De esta manera, la propuesta considera, desde el marco del derecho internacional de los derechos humanos y los tratados vigentes ratificados por el Estado de Chile, una elaboración que especifica y garantiza los derechos a la identidad y la integridad cultural en el contexto de encierro y de la ejecución de la pena privativa de libertad

4. Sistema penitenciario y ley de ejecución

²⁵Ver <https://www.gendarmeria.gob.cl/estadisticaspp.html>

La propuesta busca establecer reglas y principios que fijan obligaciones del Estado en relación con el régimen penitenciario para el resguardo de los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad. La aproximación al régimen penitenciario debe ser desde la posición de garante del Estado superando la doctrina que sostenía la “relación especial de sujeción” en que se encontraban la población penitenciaria. De acuerdo a la concepción de sujeción especial existiría una relación jerárquica y de control intensificado entre la Administración del Estado y ciertos grupos de personas, como los militares. Las personas en esta posición estarían sometidas a estatutos diferentes al resto de los ciudadanos y sus derechos podrían verse limitados de mayor manera. En el ámbito penitenciario, esta aproximación ha permitido en el pasado justificar mayor limitación de los derechos de las personas privadas de libertad que lo que correspondería de acuerdo a sentencia condenatoria, excusar que estas limitaciones así como el régimen interno de los establecimientos penitenciarios se regulen por normas de rango infralegal, el carácter militarizado de Gendarmería y el limitado control judicial a la ejecución de las penas privativas de libertad.

El enfoque de la Constitución no puede ser otro que la obligación que le corresponde al Estado de resguardar los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad. El hecho que estas personas estén bajo la custodia del Estado intensifica los deberes de este.

De esta forma, la propuesta considera:

a. Exclusividad de la persecución penal en el Estado. Se establece que solo el Estado puede perseguir delitos y ejecutar penas, prohibiendo que estas funciones sean ejercidas por privados. La exclusión de los privados en el ejercicio de las funciones de persecución y ejecución busca evitar conflictos de interés, desigualdad en la provisión de los servicios y presión económica para mantener elevadas tasas de encarcelamiento y reducir los costos de funcionamiento de los establecimientos penitenciarios. En otros países la privatización de estas funciones ha contribuido al encarcelamiento masivo. En Chile han disminuido las condiciones de habitabilidad de las PPL²⁶

b. Administración civil de establecimientos penitenciarios. Se propone que los establecimientos penitenciarios deban estar dirigidos por personal civil especializado. El carácter militar de Gendarmería es expresión de concepción de sujeción especial. Se requiere que sea personal civil el que interactúe cotidianamente con las personas privadas de libertad. Estos deben contar con condiciones y formación adecuada para el manejo de internos de una forma respetuosa a sus derechos fundamentales. Para esto, el Estado debe proveer de los recursos materiales y humanos, resguardando el bienestar del personal.

Los funcionarios penitenciarios están sometidos a altos niveles de estrés y las condiciones actuales en que desempeñan sus labores ha sido denunciado en Informes de Derechos Humanos²⁷. Mejorar las condiciones laborales y la formación del personal a cargo de la

²⁶ ARRIAGADA, Isabel (2013) “Cárceles privadas: La superación del debate costo-beneficio.” En *Política Criminal* Vol. 8, No 15, pp. 210 - 248.

²⁷ Ver por ejemplo UDP (2015) Capítulo IV, Informe sobre Derechos Humanos en Chile, acceso en: <https://derechoshumanos.udp.cl/cms/wp-content/uploads/2020/12/CAP-4-PRIVACION-DE-LIBERTAD-Y-VULNERACION-DDHH.pdf>

custodia de las PPL resulta imprescindible para ofrecer las mejores condiciones de vida a la población privada de libertad.²⁸

c. Ley de ejecución de la pena y control judicial. Actualmente existe un tratamiento asistemático y disperso de régimen interno de los establecimientos penitenciarios por medio de normas de carácter reglamentario. El régimen interno afecta derechos fundamentales de las personas y debería estar regulado por la ley. El Subcomité para la Prevención de la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos y Degradantes, que visitó nuestro país en abril de 2016, criticó la falta de una legislación “que regule de forma orgánica y comprensible la situación de las personas privadas de libertad” y señala que “el sistema penitenciario sigue fundándose en una normativa de rango infra-legal”.²⁹

Es necesario contar con una ley que regule la ejecución de la pena, así como con una judicatura especializada que resuelva los distintos incidentes que ocurren al interior de los establecimientos penitenciarios.

5. Iniciativas de leyes penales

La propuesta explicita ciertas obligaciones en la tramitación legislativa de leyes que tengan incidencia penitenciaria. En particular, se impone la obligación constitucional de estimar el efecto fiscal y el efecto en la población carcelaria de toda ley penal.

Los constreñimientos legislativos fiscales pueden entenderse como parte de las exigencias generales (iniciativa, obligación de informar en proyectos que implican gasto fiscal) que ya existen en el sistema constitucional y legislativo chileno. Desafortunadamente, en la práctica legislativa actual no se lo considera así y se presentan proyectos penales sin siquiera justificar el impacto fiscal que ellos pueden tener. La propuesta busca terminar con esta mala práctica haciendo explícito algo que debiera ser una exigencia mínima del ejercicio del poder punitivo del Estado. La importancia de esto en materia penal es controlar la expansión del derecho penal mediante lo que se conoce como el “populismo punitivo” que es una estrategia política que busca responder a demandas de la ciudadanía mediante leyes penales que no son eficaces ni socialmente constructivas. Para evitar esto es fundamental que el legislador tenga razones para evaluar la eficacia de las leyes penales antes y luego de su dictación y así poder valorar adecuadamente sus costos y beneficios. Como cualquier otra política, la política criminal debe evaluarse y esta regla apunta a favorecer eso.

Otra innovación en este ámbito está dada por la inclusión de una regla de evaluación de impacto carcelario de las leyes penales y de un mandato de control del crecimiento de la población penal. La ausencia de preocupación institucional formal por este tema ha tenido consecuencias importantes. Entre 1990 y 2010, la población carcelaria chilena se más que

²⁸ UDP (2014) Informe sobre Derechos Humanos en Chile. Acceso en: <http://www.derechoshumanos.udp.cl/derechoshumanos/images/InformeAnual/2014/Cap%2006%20Impacto%20del%20sistema%20penitenciario%20en%20los%20ddhh%20percepcion%20privados%20libertad.pdf>.

²⁹ NACIONES UNIDAS (2017): Informe del Subcomité para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes disponible en: <https://www.derechoshumanos.gob.cl/ddhh/subcomite-para-la-prevencion-de-la-tortura-y-otros-tratos-o-penas>

duplicó, llegando a una tasa de 330 presos por cada 100 mil habitantes - una de las más elevadas de las Américas y la segunda mayor de la OCDE. Crecimientos de esta clase producen hacinamiento, afectación de las condiciones de vida de los reclusos y de los gendarmes, potenciales efectos criminógenos, y tienen un costo fiscal importante.

Aunque ese número ha bajado considerablemente producto de políticas dispersas, pero efectivas, que siguieron al incendio de la cárcel San Miguel, no hay todavía una práctica sistemática de evaluación de impactos carcelarios a nivel legislativo. En el derecho comparado, en particular en países con trayectorias fluctuantes como Chile, se han contemplado distintos mecanismos institucionales para producir este efecto. Por ejemplo, en Estados como Minnesota o Carolina del Norte, una de las funciones centrales de las comisiones de sentenciamiento es controlar la población carcelaria, contando con instrumentos institucionales para ello. La propuesta no llega a ese nivel de ambición, pero incorpora el mínimo para tener políticas carcelarias responsables: obligar a estimar impacto.

Finalmente se propone que toda iniciativa de ley penal deba justificar las penas propuestas en términos de necesidad, idoneidad y proporcionalidad. La pena privativa de libertad sólo podrá ser establecida cuando no haya una sanción menos gravosa que pueda ser igualmente adecuada para los fines legítimos perseguidos por el legislador en una sociedad democrática.

La pena privativa de libertad en establecimientos penitenciarios debiera ser la última alternativa a la que recurre el legislador toda vez que esta genera enormes daños para las personas castigadas, su familia y comunidad. Actualmente, la pena de prisión es causante de más violencia y criminalidad. Estudios nacionales develan que el 50,5% de los egresados de la cárcel que cumplió sentencia con encierro, después reingresó a la cárcel por una nueva condena, y que el 61% había vuelto a cometer delito al finalizar el primer año de seguimiento. Esta cifra se elevó a 86% al segundo año³⁰

Es por ello, que la tarea estatal primordial debiese ser el desarrollo de políticas de descriminalización, descarceración y promoción de penas distintas a la cárcel, en especial, aquellas que busquen fines de reparación hacia las víctimas, en la línea de los modelos de justicia restaurativa.

³⁰ MORALES, A., MUÑOZ, N., WELSCH, G. y FÁBREGA, J. (2012): "La Reincidencia en el Sistema Penitenciario Chileno." Disponible en: <https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/3301/Reincidenciaenelsistemapenitenciariochileno.pdf?sequence=1&isAllowed=y> .

Propuesta de norma:

Artículo XX1. Obligaciones generales del Estado respecto a personas privadas de libertad. Toda persona sometida a cualquier forma de privación de libertad por el Estado será tratada con el debido respeto a su dignidad.

Es deber del Estado, en su especial posición de garante frente a las personas privadas de libertad, velar por el resguardo y ejercicio efectivo de sus derechos fundamentales consagrados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales de los derechos humanos.

Sólo el Estado puede ejecutar el cumplimiento de las penas y medidas privativas de libertad decretadas por los tribunales de justicia, a través de instituciones públicas especialmente establecidas para estos fines. Esta función no podrá ser ejercida por privados.

Los establecimientos penitenciarios deben estar administrados por personal civil especializado, el cual debe contar con los recursos suficientes para el cumplimiento de su función institucional.

Los establecimientos penitenciarios deberán separar a la población penal utilizando criterios apropiados para garantizar el respeto de los derechos humanos de la persona privada de libertad y su seguridad.

Las personas sometidas a una medida de seguridad de internación o a la medida cautelar de internación provisional, no podrán permanecer en un establecimiento penitenciario, debiendo ser trasladadas a una institución especializada en salud mental para realizar la custodia, tratamiento o la internación, según correspondiere.

Cuando se impongan sanciones penales a personas pertenecientes a los pueblos y naciones originarias se garantizarán las condiciones que permitan ejercer su derecho a su identidad e integridad cultural y se dará preferencia a medidas distintas al encarcelamiento.

Una ley regulará la ejecución de la pena, de conformidad con lo establecido en este artículo, contemplando, al menos, las condiciones de cumplimiento de penas y medidas de seguridad, el régimen interno y disciplinario de los establecimientos penitenciarios. La ejecución de sanciones penales o medidas cautelares privativas de libertad estarán siempre sujetas a control judicial.

Artículo XX2. Extensión de la pena y efectos colaterales. Las personas privadas de libertad gozan de los derechos consagrados en esta Constitución y no podrán sufrir limitaciones a otros derechos que aquellos que sean expresamente y razonablemente restringidos en la resolución judicial. Se prohíbe totalmente la pena de muerte, y, salvo respecto de los delitos de lesa humanidad, aquellas de carácter perpetuo o duración ilimitada o indefinida.

El Estado debe mitigar los efectos adversos de la privación de libertad respecto de la familia y la comunidad de la persona sujeta a esta, esto mediante medidas adecuadas de apoyo a las personas que estén bajo su cuidado y dependencia.

Artículo XX3. Prohibición de la tortura, aislamiento e incomunicación. Ninguna persona privada de libertad podrá ser sometida a tortura ni a otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, ni trabajos forzosos. Asimismo, no podrá ser sometida a aislamiento o incomunicación como sanción disciplinaria. Tampoco podrá quedar incomunicada en la investigación de delitos en que hubiere participado, salvo en hipótesis calificadas y durante un tiempo proporcional y razonable, señalados expresamente por el legislador.

Artículo XX4. Derecho a petición. Las personas privadas de libertad tienen el derecho a hacer peticiones a la autoridad penitenciaria y a la judicatura para el resguardo de sus derechos y a recibir una respuesta oportuna. Asimismo tienen derecho a mantener la comunicación y el contacto personal, directo y periódico con sus redes de apoyo y personas encargadas de su asesoría jurídica, sin que el ejercicio de estos derechos se pueda entorpecer, suspender o vulnerar por razones disciplinarias o administrativas.

Las visitas tienen derecho a no ser sometidas a tratos o procedimiento vejatorios o degradantes, y es deber del Estado disponer todos los medios tecnológicos, materiales y humanos como forma de garantizar este derecho.

Artículo XX5. Derecho a la inserción social. El cumplimiento de las sanciones penales se enfocará hacia la inserción e inclusión de la persona condenada, garantizando durante la ejecución de la pena un enfoque de género, etario, pertinencia cultural, igualdad material y no discriminación, especial consideración de las personas pertenecientes a grupos históricamente excluidos y aquellas en situación de vulnerabilidad; y un ambiente adecuado de acuerdo a la naturaleza y gravedad del delito y de las demás condiciones de las personas condenadas.

La persona privada de libertad tiene el derecho a la inserción social. Es deber del Estado proveer las condiciones que aseguren la participación de las personas condenadas en la vida en comunidad, para su inserción social y para el libre desarrollo de su personalidad, así como la creación y fortalecimiento de programas de justicia restaurativa. Estos programas deben ser ofrecidos durante y con posterioridad a la ejecución de la pena, y serán asumidos por las personas de manera libre y voluntaria.

El Estado garantiza a los reclusos la posibilidad de realizar trabajos productivos, con pleno respeto de sus derechos, cuyas ganancias no podrán ser imputadas al pago de sanciones penales o disciplinarias.

Las personas que hayan sido condenadas por un delito tendrán derecho a la eliminación de sus antecedentes penales, salvo las excepciones que la ley señale. Tales antecedentes sólo podrán ser consultados por un tribunal. No serán en ningún caso considerados como información pública, salvo por los registros especiales que la ley disponga.

Artículo XX6. Control del crecimiento de la población carcelaria. Toda iniciativa de ley penal debe justificar las penas propuestas en términos de necesidad, idoneidad y proporcionalidad. La pena privativa de libertad sólo podrá ser establecida cuando no haya una sanción menos gravosa que pueda ser igualmente adecuada para los fines legítimos perseguidos por el legislador en una sociedad democrática.

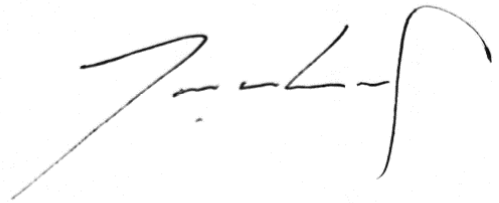
Además, deberá realizar una estimación de su impacto social, fiscal y carcelario y deberá tomar las medidas adecuadas para asegurar las condiciones que hagan posible el pleno ejercicio de los derechos de las personas privadas de libertad.

Convencionales patrocinantes:

Carlos Calvo Muñoz



Tomás Laibe Sáez



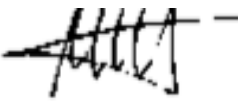
Janis Meneses

Janis Meneses P.
Janis Meneses Palma
Distrito 6
Nov. Sociales independientes.


Patricio Fernández Chadwick



Benito Baranda

Benito Baranda 

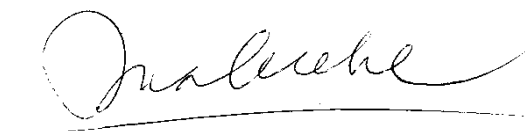
Alexis Caiguan

Alexis Caiguan #3117718-6 

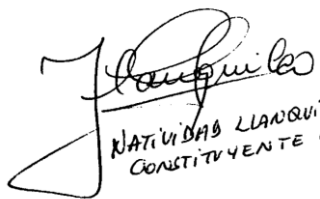
Giovanna Roa Cadín

Giovanna Roa Cadín 

Malucha Pinto Solari

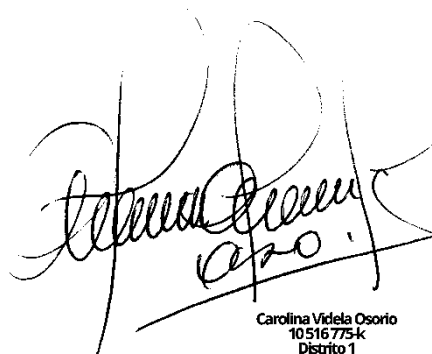
Malucha Pinto Solari 

Natividad Llanquileo Pilquiman



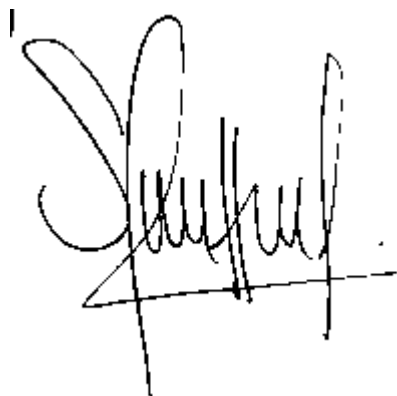
NATIVIDAD LLANQUILEO
CONSTITUYENTE MAPUCHE

Carolina Videla Osorio



Carolina Videla Osorio
10516775-k
Distrito 1

Constanza Schonhaut Soto

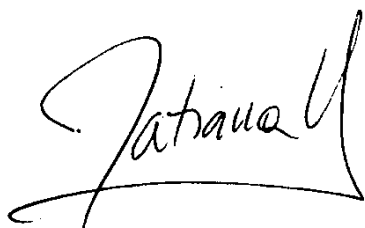


Andrés Cruz Carrasco



ANDRES N. CRUZ CARRASCO
ABOGADO
www.cruzmuñozabogados.cl

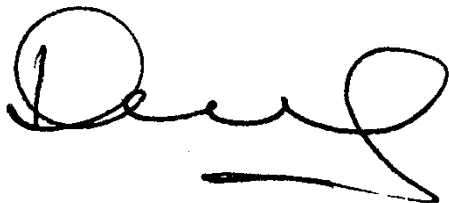
Tatiana Urrutia Herrera



Bastían Labbé Salazar



Gaspar Domínguez Donoso



Amaya Álvez Marín

