

*Propuestas para un
nuevo trato
constitucional para las
personas privadas de
libertad.*

I. Contexto y desafío:

En la Constitución de 1980 actualmente vigente, son escasas las referencias a la pena privativa de libertad y/o a quienes se encuentran encarcelados/as. La Constitución más bien se limita -por un lado- a suspender el derecho a sufragio a las personas acusadas por delito que merezcan pena aflictiva o que la ley califique como terrorista (Art. 16 N° 2) y, por otro lado, a quitar la ciudadanía a quienes son condenados/as a pena aflictiva, y a quienes son condenados/as por conducta terrorista o por tráfico de estupefacientes, por penas que hubieren merecido pena aflictiva (art. 17 N° 2 y 3). Estas disposiciones, que obedecen a criterios moralistas basados en la falta de dignidad cívica de quienes son condenados/as o acusados/as¹, no se condicen con una democracia participativa, son ajenas a las regulaciones constitucionales modernas, y no cumplen ningún rol socialmente deseable.

En ese marco, el proceso constituyente es una buena oportunidad para reestructurar la manera en que la Constitución Política aborda la pena privativa de libertad y sus consecuencias intrínsecas.

II. Por qué una regulación especial de la situación de las personas privadas de libertad:

No hay duda de que las personas privadas de libertad tienen plenamente vigentes sus garantías que no han sido limitadas por la resolución judicial respectiva. Sin embargo, la experiencia ha demostrado que la invisibilidad propia del castigo² se traduce en un conjunto de afectaciones transversales a cada esfera de la vida de quienes se encuentran tras las rejas. Es a partir de esa situación, que 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”*³.

¹ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, (1974) “Actas De la Comisión Constituyente de la Constitución Política de la República”, Sesión N° 76 doi <https://www.bcn.cl/historiadelayey>.

² FOUCAULT, M. (1976) “Vigilar y Castigar”, Siglo XXI, Madrid, 1976, p. 255; MAÑALICH, J.P., (2011) “El Derecho Penitenciario Entre La Ciudadanía y los Derechos Humanos”, en *Derecho y Humanidades* N° 18, pp. 163 – 178, p. 177.

³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (2004) Caso “Instituto de Reeduación del menor” vs. Paraguay. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Serie C No. 112, párrafo 153.

De esa manera, es deber del Estado -en cuanto garante de los derechos personas privadas de libertad-⁴, adoptar medidas específicas tendientes a asegurar ciertos derechos cuya vulneración es inadmisibile. Dicha situación justifica la necesidad de especificar, en ciertas disposiciones constitucionales, normas específicamente dirigidas a asegurar la vigencia del Estado de derecho dentro de los recintos penitenciarios, limitando los alcances del poder punitivo estatal.

III. Lineamientos para avanzar:

A) La eliminación de las restricciones de los arts. 16 y 17

Tal como muestra la evidencia, la privación de ciudadanía no cumple ningún fin socialmente deseable⁵. En particular, esta situación es un obstáculo más a la ya compleja reinserción social, agregando estigmas a quienes están privados de libertad, y alejándolos/as de la toma de decisiones públicas, lo que atenta contra sus posibilidades de volver a formar parte de la comunidad.

Estas disposiciones son contrarias a todo intento por lograr una democracia más participativa, pues la exclusión de cerca de 40.000 personas de la vida en común excluye y neutraliza a ciudadanos/as, profundizando los déficits democráticos que están en el origen del proceso constituyente actual.

De esta manera, si es que la futura constitución es una que aboga por la participación ciudadana y por la (re)inserción, es importante avanzar en la eliminación de estas normas, que no contribuyen a otra cosa que a estigmatizar y degradar a personas que ya sufren violencia estructural bajo el actual sistema⁶. En este sentido apunta el art. 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el art. 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos,

⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Caesar Vs. Trinidad y Tobago. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 11 de marzo de 2005, párrafo 97.

⁵ HORVITZ, M.I., (2018) "La insostenible situación de la ejecución de las penas privativas de libertad: ¿vigencia del Estado de derecho o estado de naturaleza?", en *Polít. Crim.* Vol. Nº 13, Nº 26, pp. 904 a 951; MAÑALICH, J.P., (2011) "El Derecho Penitenciario Entre La Ciudadanía y los Derechos Humanos", en *Derecho y Humanidades* Nº 18, pp. 163 – 178; MARSHALL, P. (2013), "La Persecución Penal como Exclusión Política", en Muñoz, F. (editor) *Derecho, Igualdad e Inclusión*, LOM, Santiago, pp. 69 a 91; MARSHALL, P. (2019), "La privación del derecho a sufragio como castigo en la órbita del common law: análisis crítico", en *Polít. Crim* Vol. 14, Nº 28, pp. 520 a 561; ROCHOW, D, y MOSCOSO, C., (2019) "Ciudadanía y los Privados de Libertad en Chile", en *Revista Austral de Ciencias Sociales* Nº 37, pp. 7 a 27; MILLER, B. L. y SPILLANE, J., (2012) "Civil death: an examination of ex-felon disenfranchisement and reintegration", *Punishment & Society* Vol. 14, Nº 4, pp. 402 a 428; ESPINOZA, O. y MARTÍNEZ, F (2007). "Políticas de reinserción post penitenciaria: Eliminación de antecedentes penales en Chile", en: *Revista latinoamericana de seguridad ciudadana* Nº 1, pp. 117 – 134; DEMLEITNER, N, (2000) "Continuing payment on one's debt to society: the German Model of Felon Disenfranchisement as an Alternative", En *Minnesota Law Review*, pp. 753 a 804.

⁶ Dingli, S. (2015). We need to talk about silence: Re-examining silence in International Relations theory. *European Journal of International Relations*, 21(4), 721–742.
<https://doi.org/10.1177/1354066114568033>;

el art. 21 N° 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y el principio N° 5 de los Principios Básicos para el tratamiento de los reclusos.

Propuesta regulativa: Eliminación de restricciones a la ciudadanía y sufragio de las personas privadas de libertad.

B) Consagración del rol de garante del Estado/de la relación de derecho público entre el Estado y la persona privada de libertad.

En este proceso constituyente, es común preguntarse cómo se deben regular los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad: ¿Debe establecerse un catálogo diferente de derechos específicamente para ellos/as?

Una futura Constitución no debe generar distinciones entre el catálogo de derechos de las personas privadas de libertad, y los derechos fundamentales del resto de la población. Más bien, lo que la Constitución debe asegurar, es el respeto irrestricto de los derechos fundamentales que no se ven directamente afectados por la sanción penal o por una medida cautelar. Es fundamental que se explicita el rol de garante del Estado respecto a las personas privadas de libertad, estableciendo que las personas privadas de libertad tienen plenamente vigentes todos los derechos constitucionales no afectados por la resolución judicial, y que es deber del Estado garantizar su pleno goce, e impedir que estos se vean vulnerados durante la privación de libertad.

En ese sentido, son interesantes regulaciones comparadas como la contenida en la Constitución española, que en su art. 25.2 dispone que *“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 el acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad”*.

En un sentido similar, el art. 18 inciso 2° de la Constitución Federal de México, se dispone que *“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.”*

La Constitución ecuatoriana, por su parte, en su art. 201 señala que *“el sistema de rehabilitación social tendrá como finalidad la rehabilitación integral de las personas sentenciadas penalmente para reinsertarlas en la sociedad, así como la protección de las personas privadas de libertad y la garantía de sus derechos.”*

Estas disposiciones permiten garantizar la vigencia de los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad que no han sido afectados por la condena o la prisión preventiva, reforzando la idea de que la pena privativa de libertad sólo afecta -temporal y proporcionalmente- la libertad de tránsito o desplazamiento.

Propuesta regulativa: “Las personas privadas de libertad se encuentran bajo el cuidado del Estado y gozarán de todos los derechos fundamentales que no se vean expresamente limitados por la resolución judicial respectiva. Será deber del Estado, en cuanto garante de las personas privadas de libertad, velar por que dichos derechos se ejerzan activamente, y no sean vulnerados”.

C) Finalidad o deber de reinserción social:

Tal como muestra el punto anterior, en muchas Constituciones se contempla la reinserción social como finalidad de la pena privativa de libertad, o como deber del Estado. Así se contempla en el mismo art. 25.2 de la Constitución española, en el art. 18 inciso 1° de la Constitución Federal mexicana, el art. 201 de la Constitución ecuatoriana, el art. 26 de la Constitución uruguaya, el art. 27 de la Constitución italiana, entre otras.

Esta redacción busca establecer como eje rector de la actividad penitenciaria la reintegración de la persona con la comunidad y el entorno, lo que es importante pues exige que toda intervención se dirija a dicha finalidad, impidiendo que se ejecuten acciones o intervenciones meramente neutralizadoras, o que atenten contra esa integración.

Así, es deseable que se incluya en una nueva Carta fundamental, una alusión a dicho deber de reinserción social, encauzando al ordenamiento jurídico en ese camino. Además, se debe procurar adoptar en esa labor un enfoque de género interseccional que reconozca el proceso de reintegración como un fenómeno complejo y diverso.

Propuesta regulativa: “El Estado deberá velar porque el cumplimiento de las sanciones penales tienda hacia la total reinserción social de los/as condenados/as, considerando un enfoque de género”

D) Principio de legalidad.

Actualmente no existe un cuerpo normativo de rango legal que regule la ejecución de la pena. La situación de las personas privadas de libertad se encuentra dispersa en distintas normas de carácter administrativo, decretal o

reglamentaria⁷ lo que constituye una vulneración al principio de legalidad consagrado en la actual carta fundamental en distintos tratados internacionales⁸. En la práctica, esto contribuye a la vulneración permanente de derechos de los/las interna/os cuya situación queda supeditada a la decisión de la autoridad Penitenciaria, sin que exista un control judicial de dichas decisiones.

Por tal motivo, se vuelve necesario establecer una norma que expresamente señale que la ejecución de la pena debe estar regulada por ley y su control a cargo de un tribunal de justicia.

Propuesta regulativa (al momento de regular el debido proceso y la libertad personal y seguridad individual) “toda regulación referida a la restricción de la libertad personal, en general, y a la ejecución de sanciones penales o medidas cautelares privativas de libertad, en particular, serán materia de ley y estarán sujetas a control judicial.

E) Límites a la prisión preventiva:

Es usual que en la Constitución Política se incorporen límites a la utilización de la prisión preventiva, que es la causa de la privación de libertad de más del 33% de la población penal chilena. El uso desproporcionado de esta herramienta ha planteado la necesidad de incluir algunas restricciones generales a su utilización, incluso a nivel constitucional.

Así, por ejemplo, el art. 18 de la Constitución mexicana impide el uso de la prisión preventiva para delitos que no merezcan penas privativas de libertad, y exige que el lugar destinado a la prisión preventiva sea diferente de aquel destinado a la población condenada.

En el caso de la Constitución ecuatoriana, por ejemplo, en el art. 77 N° 9, se dispone que “*Bajo responsabilidad del juez o juez que conoce del proceso, la prisión preventiva no podrá exceder de seis meses en las causas por delitos sancionados con prisión, ni de un año en los casos de delitos sancionados con reclusión. Si se exceden estos plazos, la orden de prisión preventiva quedará sin efecto*”.

Una futura Constitución puede establecer criterios generales de limitación y aplicación de la prisión preventiva, exigiendo que estas se cumplan en recintos

⁷ Decreto Ley 645 Sobre Registro General de Condenas, Decreto 515 Aprueba Reglamento de Monitoreo Telemáticos de Condenados a penas sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad; Decreto Supremo 518 Reglamento de Establecimientos Penitenciarios; Decreto Ley 321 que Establece la Libertad Condicional para los Penados, entre otras

⁸ Art 7 N° 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos; Art. 12 N° 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos entre otros.

diversos a aquellos destinados a la población penal condenada, e impidiendo que se incurra en una aplicación excesiva, especialmente a delitos que no serán sancionados en definitiva con una pena privativa de libertad, prohibiendo su utilización como una pre-sanción.

Propuesta regulativa: (a propósito de libertad personal/presunción de inocencia/ debido proceso). “La prisión preventiva es una medida excepcional, y deberá aplicarse fundadamente sólo cuando las demás medidas cautelares resulten manifiestamente insuficientes para asegurar los fines del proceso penal. En ningún caso podrá aplicarse a delitos que no se sancionen con penas privativas de libertad. En la circunstancia de que la persona imputada se encuentre embarazada, tenga el cuidado personal o ejerza labores de cuidado de niños, niñas o adolescentes se deberán priorizar otras medidas cautelar”.

F) La prohibición del trabajo forzoso:

Como consecuencia de la adopción de un deber de reinserción, surge la necesidad de prohibir expresa y absolutamente el trabajo forzoso. Esto obedece a la incompatibilidad absoluta entre los esfuerzos de reinserción, y la imposición de un castigo adicional a modo de un trabajo forzoso, lo que también se opondría a lo dispuesto en el punto C) antes mencionado. Así lo regula expresamente la Constitución española en el art. 25.2, al disponer “*Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados*”.

Propuesta regulativa: “En ningún caso las penas podrán consistir en trabajos forzados.”

G) Prohibición absoluta de la pena de muerte:

Una futura Constitución debe prohibir de plano la aplicación de la pena de muerte. Dicha sanción es ajena a un Estado democrático de derecho, no produce ningún efecto socialmente deseable, y contraviene el valor de la vida humana, alzando al Estado como un ente facultado para no sólo privar de libertad sino también de vida a las personas que cometieron delitos. Un poder de esa envergadura desborda el campo legítimo de actuación del Estado, otorgándole facultades punitivas que no debiera tener.

Propuesta regulativa: “En Chile está totalmente prohibida la pena de muerte”.

IV. Sobre la participación durante el proceso constituyente:

Bajo la premisa de que una pena privativa de libertad solo 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/as de las personas privadas de libertad y establecer mecanismos efectivos que permitan su participación política y su incorporación a la comunidad.

Como se desprende del primer acápite de este documento, actualmente no existe fundamento doctrinario ni político razonable para excluir a las personas privadas de libertad del proceso constituyente.. Mantener la histórica exclusión injustificada para la población penal en este ámbito sólo contribuye a erosionar la cohesión social y los presupuestos de una democracia participativa. En tal sentido, el piso mínimo para una efectiva participación ciudadana es garantizar el ejercicio del derecho a voto de las personas privadas de libertad en el plebiscito de salida, donde la ciudadanía deberá pronunciarse sobre la propuesta que la convención constituyente elaborará.

Adicionalmente, para efecto de garantizar la legitimidad del proceso es esencial permitir que los/as preso/as puedan participar activamente del debate constituyente, lo cual podría efectuarse a través de diversos mecanismos, tales como:

- **Cabildos Penitenciarios.** Por las características particulares de la privación de libertad los cabildos penitenciarios no pueden generarse bajo las mismas lógicas de los denominados cabildos autoconvocados, los cuales por su naturaleza son creados y liderados por la sociedad civil organizada. Por el contrario, en el caso de recintos penitenciarios las personas no pueden asociarse libremente y deben sujetarse a una serie de restricciones impuestas por la autoridad penitenciaria. Por lo tanto, para garantizar la efectiva realización de este mecanismo de participación es necesario que se generen normas o convenios que vinculen a Gendarmería de Chile para la realización de estas actividades al interior de las cárceles y que se dispongan de los medios necesario para su realización bajo principios de igualdad y no discriminación.

Estos cabildos deberían ser realizados por las y los constituyentes, con colaboración de la sociedad civil y de Gendarmería de Chile, y deberán estar destinados a escuchar a la población penal, para así tener en cuenta sus consideraciones al momento de redactar la nueva carta magna.

Estos cabildos pueden desarrollarse de manera presencial, o por medios remotos, cuando las condiciones sanitarias lo ameriten.

- **Entrega de insumos informativos.** Entrega a las personas privadas de libertad de documentos informativos creados por la Convención en un lenguaje sencillo y accesible, para así poder generar círculos de discusión en los cuales las personas privadas de libertad manejen la información vinculada al proceso constituyente. En particular, los documentos entregados deben contener: qué es una Constitución, qué es un proceso constituyente, qué es y quienes componen la convención

constitucional, qué se discutirá durante la misma, y cómo se puede participar desde la sociedad civil.

- **Realización de talleres:** Vinculado con lo anterior, estos talleres pueden colaborar a nutrir la discusión y generar insumos concretos que complementen aquellos entregados por los cabildos penitenciarios.

- **Incidencia:** Bajo este mecanismo, es relevante que las personas privadas de libertad puedan participar directamente en Comisiones, sesiones, u otras instancias participativas determinadas en el Reglamento de la Convención, cuando en ellas se discutan asuntos de general interés, o vinculados específicamente con la privación de libertad y el castigo. Dicha participación puede materializarse por medios tecnológicos remotos, o coordinando con Gendarmería de Chile el traslado a la sesión correspondiente.

- **Garantizar el voto en el plebiscito de salida:** Es fundamental que el plebiscito “de salida” al que será sometido la nueva Constitución, cuente con la participación de las personas privadas de libertad que tienen vigente su ciudadanía y derecho a voto. Para ello, se deben implementar urnas en los recintos penitenciarios, permitir el voto anticipado, o facilitar el traslado de las personas privadas de libertad a los recintos de votación del medio libre que correspondan.