

## La imposición de la pena en el ámbito del derecho chileno y el concepto de derecho fundamental<sup>\*,\*\*</sup>

JONATAN VALENZUELA SALDÍAS\*\*\*  
UNIVERSIDAD DE CHILE

*“...nadie castiga a los que actúan injustamente sólo porque...han cometido un injusto, a no ser que se trate de quien, como una bestia feroz, pretende vengarse irracionalmente. El que en sentido contrario castiga de forma racional castiga, no por lo injusto ya cometido, porque ya no es posible que lo que ya ha sucedido deje de suceder, sino por las faltas que puedan sobrevenir, para que no reincida el propio autor ni los otros que observan como es castigado”*

PLATÓN, “DIÁLOGOS”, “PROTÁGORAS”

*“Un juego de lenguaje: informar sobre si un cierto cuerpo es más claro o más oscuro que otro.- Pero ahora otro con él emparentado: enunciar la relación entre la claridad de ciertos matices de color. (Compárese con éste: determinar la relación entre las longitudes de dos varas —y la relación entre dos números.) —La forma de las proposiciones en ambos juegos de lenguaje es la misma: “X es más claro que Y”. Pero en el primero se trata de una relación externa y la proposición es temporal y en el segundo es una relación interna y la proposición es atemporal”*

LUDWIG WITTGENSTEIN, “OBSERVACIONES SOBRE LOS COLORES”

**Resumen:** La situación en Chile de los privados de libertad es un tema que constituye uno de los puntos por discutir en el escenario de la reforma general a la administración de justicia que se está llevando a cabo. Es fácil entender que el privado de libertad cuenta con las mismas garantías funda-

\* Versión escrita de la presentación del profesor Valenzuela en el II Congreso Estudiantil de Derecho y Teoría Constitucional.

\*\* Me encuentro en la obligación de agradecer a la profesora de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y Directora del Centro de Estudios de la Justicia de la misma Facultad, María Inés Horvitz Lennon por su inestimable generosidad académica y ayuda en la elaboración del presente trabajo.

\*\*\* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Chile. Investigador Centro de Estudios de la Justicia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Ayudante del Departamento de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

mentales que un ciudadano libre. En este sentido parece necesario determinar la exacta función de la pena, para allí ver como en el Estado de Derecho se alcanza el cumplimiento de estos objetivos.

**Palabras Clave:** Derecho Penal, Función de la Pena, Derechos Fundamentales, Libertad Personal.

**Abstract:** The situation in Chile of people deprived of liberty is a issue that constitute one of the subjects to discuss in the scenario of the general reform of the justice administration that is going on. Is easy to understand that the deprived of liberty has the same fundamental rights of the free citizen. In this sense it is necessary to determine the exact function of the penalty, and from there see how in the State of Law can be reached the compliance of these objectives.

**Keywords:** Criminal Law, Function of the Penalty, Fundamental Rights, Personal Liberty.

## 1. Introducción

La situación en Chile de los privados de libertad es un tema que constituye uno de los puntos por discutir en el escenario de la reforma general a la administración de justicia que se está llevando a cabo, y en particular, en el escenario de la reforma procesal penal.

Es claro que sin un esfuerzo constatativo mayor, concurren en el privado de libertad las mismas garantías y derechos que concurren para el caso del ciudadano libre; tan sólo una restricción autorizada en el ejercicio de la punición estatal permite la conculcación temporal de algunas garantías específicamente determinadas por la función de la pena que se reconozca en el ordenamiento que se trate.

Si se tiene a la vista lo preceptuado en el artículo 19 número 3 de la Constitución Política de 1980, es claro que los privados de libertad cuentan con “*igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos*”, y derivado de esto, tiene posibilidad de concreción efectiva en la realidad de todo aquello que tienda al libre desarrollo de su personalidad. No existe argumento con base normativa para afirmar la irrelevancia –y menos aun la ausencia de titularidad- de las afectaciones a los derechos fundamentales de los privados de libertad.

Así, es sencillo identificar que para el cumplimiento efectivo de la pena es necesario afectar intensamente la libertad ambulatoria del sujeto, es el núcleo de la privación de libertad. Junto a ello es más o menos habitual considerar la restricción de ciertas libertades y derechos básicos, tales como la intimidad, la libertad sexual, la libertad de culto, y demás.

Este es, sin embargo, un punto que requiere de elucidación. Si es cierto que la pena privativa de libertad debe, por definición, restringir la libertad ambulatoria del sujeto, resta entonces por definir que garantías asociadas y con qué intensidad, se afectan consecuentemente. Es claro, intuitivamente al menos, que la restricción de algunas libertades se encuentra fuera de la legitimación que otorga la privación de libertad. Es el caso por ejemplo de la libertad sexual. Las trabas que el sistema penitenciario imponga al sujeto a privación de libertad para hacer efectiva su libertad sexual no encuentran, *prima facie* legitimación en la imposición de la pena privativa de libertad.

Parece ser que lo relevante a efectos de determinar cual es la exacta magnitud del cumplimiento de una pena privativa de libertad es el establecimiento preciso de la función de la pena en el contexto del ordenamiento jurídico en general, y particularmente a propósito de las normas penales. De esta manera, podemos identificar los fines de la pena con los fines del derecho penal, si es cierto que el derecho penal en tanto institución por medio de la cual la sociedad protege los presupuestos de

su propia existencia, pero tan sólo en la medida que no existan otras herramientas de control social idóneas para la consecución de esos fines. Tal como señala Roxin<sup>1</sup>: “*la tarea penal de asegurar la pacífica coexistencia en la sociedad está vinculada a un presupuesto limitador: solamente puede conminarse con pena cuando es imposible conseguir este resultado a través de otras medidas menos incisivas. Allí donde puede garantizarse la seguridad y la paz jurídica mediante tribunales civiles, una prohibición de derecho público o también con medidas preventivas extrajudiciales, no existe necesidad del Derecho Penal*”. La idea expuesta por Roxin, paradigmática en cuanto diseño político-criminal de rasgos liberales, resulta del todo pertinente a propósito de la aplicación de determinadas penas. El derecho penal una vez llamado a actuar en atención a su carácter subsidiario, no puede dejar de encontrarse sujeto a las limitaciones propias del cumplimiento de su fin específico. Allí donde actúe el derecho penal debe actuar de acuerdo a los estándares que le otorga su situación en el marco de un estado de derecho.

## 2. Situación de la pena privativa de libertad en el derecho chileno

En Chile, la regulación jurídica relativa a la imposición administrativa de la pena, si bien tiene un fundamento de *ratio legis* a nivel constitucional<sup>2</sup>, se encuentra dispersa en normas fundamentalmente de carácter reglamentario. Esta es una cuestión que se encuentra expuesta a reparos al no cumplirse absolutamente con el principio de legalidad de la ejecución penal, garantía que resulta especialmente relevante en el ámbito penitenciario por las intensas y frecuentes afectaciones a los derechos fundamentales que son susceptibles de cometerse en los recintos penales<sup>3</sup>. Además, la “*administrativización*”, entendida como “*desjudicialización*”, de la regulación penitenciaria pareciera indicar que las personas sometidas a privación de libertad, especialmente cuando ello ocurre en virtud de una pena, no tienen derechos que deban ser protegidos o que sus derechos no tienen la misma entidad o importancia que los de un ciudadano que no está en dicha situación.

Existen normas de carácter penitenciario en los siguientes cuerpos legales y reglamentarios: la Ley Orgánica de Gendarmería, Código Penal, Código de Procedimiento Penal, Código Procesal Penal, el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, la Ley de Libertad Condicional y, en un ámbito más específico, la Ley 18.216, el Decreto Ley N° 409, de 1932 y el Decreto N° 542, de 1943, que crea el Patronato Nacional de Reos. Como se sabe, el sujeto puede ingresar en calidad de detenido, sujeto a prisión preventiva o condenado.

Bajo la estructura del antiguo procedimiento penal, se considera detenida a la persona privada de libertad antes de ser procesada. El juez dispone de un plazo de cinco días, ampliable hasta diez, para mantener detenido al imputado mientras reúne antecedentes suficientes para determinar si lo someterá a proceso o no, es decir se somete a un sujeto a privación de libertad en un momento en que el estado no puede, por una consideración normativa, afirmar culpabilidad en sentido estricto respecto de ese sujeto. La ley suele asociar automáticamente la prisión preventiva, esto es, una medida cautelar personal de privación de libertad, a la dictación del auto de procesamiento. El procesado permanecerá en prisión preventiva durante la tramitación del procedimiento hasta que deba cumplir condena por sentencia condenatoria ejecutoriada o hasta que se le otorgue la libertad provisional. En la generalidad de los casos, los procesados están sujetos a prisión preventiva por constituir la única medida cautelar personal prevista en el antiguo sistema para asegurar la comparecencia del imputado al procedimiento

---

<sup>1</sup> Roxin, Claus, “*¿Qué puede reprimir penalmente el estado?, acerca de la legitimación de las conminaciones penales*”, en “Problemas actuales de Dogmática Penal”, traducción de Manuel Abanto Vásquez, edit. ARA, 2004, Lima, Perú.

<sup>2</sup> Sobre todo si se tiene a la vista la discusión, más o menos superada, relativa al estatuto normativo de los tratados internacionales sobre derechos humanos, debido a lo dispuesto en el artículo 5 inciso segundo de la Constitución Política chilena de 1980.

<sup>3</sup> Por todos Horvitz, María Inés, y López, Julián, “Derecho Procesal Penal chileno”, Tomo II, Ed. Jurídica de Chile, 2004, páginas 592 y siguientes

o a la ejecución de la pena, la que puede ser sustituida por la libertad provisional previa rendición de una caución que fija el tribunal. La ley prevé algunos casos en que la libertad provisional debe ser concedida inmediatamente.

En efecto, el artículo 275 del Código de Procedimiento Penal señala que el juez otorgará de inmediato la libertad provisional en los casos de los artículos 357 y 359, ambos del mismo código. El artículo 357, se refiere a los delitos a los que se asignan penas pecuniarias, restrictivas de derechos o con pena privativa de libertad igual o inferior al presidio menor en su grado mínimo (hasta 541 días). El artículo 359, se refiere a los delitos con penas que no sean aflictivas y que afiance su comparecencia al juicio. De este modo, queda de manifiesto que el rango de penalidad que debe observarse para el establecimiento de la prisión preventiva es especialmente amplio.

Por su parte, en el marco del nuevo Código Procesal Penal la prisión preventiva tiene un escenario diverso. El artículo 139 del citado código, afirma el derecho de toda persona a la libertad individual y a la seguridad individual, con lo que concreta a nivel de regla, el principio contenido en la Constitución Política de 1980, en el artículo 19 número, categorialmente, como derecho fundamental. Esta afirmación contenida en el Código Procesal Penal sin duda tiene una función, al menos simbólica, importante. Si es cierto que de lo que se trata es de dar cumplimiento en el marco del proceso penal al respeto a las garantías constitucionales<sup>4</sup> entonces que el Código Procesal Penal a propósito de la regulación de la prisión preventiva realiza una referencia directa a esa garantía tiene como efecto la consideración de la excepcionalidad de la medida.

De esta manera el propio inciso segundo del artículo 139 establece que *“La prisión preventiva sólo procederá cuando las demás medidas cautelares personales fueren insuficientes para asegurar las finalidades del procedimiento”*. Esta regla se encuentra en completa consonancia con lo establecido en el artículo 5 del mismo Código, en tanto regula y señala que constituye un “principio básico” del proceso penal, la *“Legalidad de las medidas privativas o restrictivas de libertad”*<sup>56</sup>.

De este modo tenemos que a propósito del nuevo proceso penal la pregunta de legitimidad sobre la prisión preventiva es constante, y tan sólo bajo los supuestos perentoriamente establecidos en los artículos 139 y siguientes del Código Procesal Penal se puede hacer efectiva esa intensa medida cautelar personal.

Además de las consideraciones estructurales en torno a las posibilidades de establecimiento de prisión preventiva, tenemos que la interpretación de las normas que autoricen a privar de libertad a un sujeto deben ser interpretadas restrictivamente. Tal como señala Marín<sup>7</sup>: *“...en el ámbito de los denominados principios básicos, el art. 5° inc. 1° señala: «No se podrá citar, arrestar, detener, someter a prisión preventiva ni aplicar cualquier otra forma de privación o restricción de libertad a ninguna persona sino en los casos y en la forma señalados por la constitución y las leyes». Se recoge en este artículo el principio de legalidad de las medidas privativas o restrictivas de la libertad. Por tanto, fuera de los casos expresamente previstos en la Constitución y en las leyes, no cabe que se adopten en contra de los individuos ningún tipo de medidas que de una u otra forma afecten su libertad. El inc. 2° del art. 5°, por su parte, refuerza esta idea al señalar la forma como deben interpretarse las medidas privativas o restrictivas de libertad: «Las disposiciones de este Código que autorizan la restricción de la libertad o de otros derechos*

<sup>4</sup> Así como a las garantías y derechos fundamentales consagrados en los tratados internacionales que se encuentren vigentes en Chile, conforme a lo establecido en el artículo 373 letra b del Código Procesal Penal, a propósito del Recurso de Nulidad

<sup>5</sup> Dispone el citado artículo 5 del Código Procesal Penal: “No se podrá citar, arrestar, detener, someter a prisión preventiva ni aplicar cualquier otra forma de privación o restricción de libertad a ninguna persona, sino en los casos y en la forma señalados por la Constitución y las leyes.”

<sup>6</sup> Fuera también de esta discusión queda la posibilidad de interpretación que otorgue el citado artículo 5 del Código Procesal Penal al artículo 494 número 16 del Código Penal que contempla la denominada “coacción violenta”

<sup>7</sup> Marín, Juan Carlos, *“Las medidas cautelares personales en el nuevo Código Procesal Penal Chileno”*, en Revista de Estudios de la Justicia, Número 1, Año 2002, páginas 9 y siguientes

*del imputado o del ejercicio de algunas facultades serán interpretadas restrictivamente y no se podrán aplicar por analogía». Corolario lógico que todo Estado de Derecho, que se precie de tal, debe establecer en resguardo de la libertad de sus ciudadanos: interpretación restrictiva de las medidas que afecten esta libertad y prohibición de su aplicación analógica».*

Así visto, tenemos entonces, que desde las condiciones susceptibles de ser constatadas en el antiguo proceso penal y el nuevo proceso penal, la prisión preventiva ha sufrido un cambio de escenario importante. Es claro que desde la perspectiva de su sola implantación la prisión preventiva cuenta —en el marco del nuevo proceso— con obstáculos para su realización que desde el punto de vista de su entidad pueden ser considerados similares a los del nuevo proceso.

### 3. La pena como elemento comunicativo en el marco del Derecho Penal

Como se sabe la aplicación de la pena es, desde cierta perspectiva, el último eslabón del fenómeno de prohibición penal de una conducta.

El estado se encarga de establecer por medio de normas jurídicas un catálogo de conductas que se consideran intolerables para la convivencia social, asignándoles a su ocurrencia una determinada pena<sup>8</sup>. Si ocurre lo previsto en la norma, debe realizarse un acto de adjudicación por medio de los mecanismos previstos normativamente, que puede tener como fin la adjudicación de una determinada pena.

En el ámbito del derecho penal, la problemática penitenciaria se encuentra fuertemente imbricada con la teoría de la pena, esto es con la explicación relativa a la función que la pena tiene en el marco de justificación del ejercicio de la actividad punitiva estatal. En este punto la regulación penitenciaria requiere de un compromiso o determinación en lo relativo a la concepción de la función de la pena. Hoy en día podría afirmarse más o menos pacíficamente que lo que tiñe la concepción de aplicación de la pena es el objetivo “resocializador”.

Sin duda la “resocialización” como expresión del fin y función de la pena está expuesto a reparos desde una perspectiva liberal del derecho penal. Si es cierto que el estado tiene sobre sí la administración de la violencia legítima, y además puede en los hechos aplicar una medida que implique una intensa restricción de los derechos de los ciudadanos, no es completamente cierto que afirmando esas premisas pueda afirmarse con ellas o junto a ellas la posibilidad de “readaptar” a un sujeto. Si en el marco de la vida social aceptamos una coacción (legítima) que tienda al aseguramiento de la libertad general, no puede afirmarse que además el estado se encuentra dotado con el conocimiento de ciertos estándares de convivencia social que deban ser aplicados. Pretender otorgar al estado una función “reeducadora” bajo estándares de comportamiento penales constituye un exceso a la labor punitiva del estado, una afirmación que no puede encontrar legitimación en el marco de la imposición de una pena privativa de libertad.

Cuando nos preguntamos por la función estatal de aplicación de la pena nos preguntamos por aquellos estándares que sujetan al estado para que, precisamente, no utilice elementos que se encuentren fuera de la definición de estándares de actuación que podamos identificar para el estado.

La imposición por parte del estado de una determinada pena puede tener como función sin duda la satisfacción de la vigencia de la norma desde una perspectiva sistémica. El cumplimiento y realización de la pena desde una perspectiva funcionalista radical, implica simbólica o comunicativamente, el aseguramiento desde la perspectiva del ciudadano de la vigencia de la norma. Ésta vigencia

---

<sup>8</sup> Junto a la pena (penal) en sentido estricto, tenemos a las medidas de seguridad, en ésta trabajo la referencia a la pena se entenderá hecha a ambas instituciones por desempeñar igual papel desde la perspectiva de la ejecución. Sin perjuicio de lo anterior el eje del presente estudio está determinado por la privación de libertad producida en cumplimiento de una pena, y en variados casos en el marco de un simple procesamiento.

puede ser vista desde dos perspectivas fundamentales. De un lado, tenemos que cumple una función comunicativa respecto del sujeto que comete el acto. Si hay un cálculo para la realización del hecho determinado como punible por la norma, es el relativo a la ocurrencia sobre el autor de la adjudicación de la pena<sup>9</sup>, el que tiene, en el marco del sistema normativa en el que desenvuelve su conducta, la expectativa relativa a las consecuencias jurídicas de sus actuaciones. De otro lado, tenemos que la pena cumple una función en el marco del desarrollo de la vida social. Es claro que si alguna función existe para la pena desde el punto de vista comunicacional, este es hacer conocido por los integrantes de la sociedad de la vigencia de las normas en este caso penales.

Desde la perspectiva de la teoría general de la pena, tenemos que a la pena se le han dado históricamente diversas funciones. La escuela clásica otorga como función a la pena su aspecto moral, retributivo, expiatorio e intimidante; con posterioridad la escuela clásica introduce la noción junto a la pena en sentido estricto de medidas de seguridad. Por su lado los neoclásicos continúan asignándoles fines represivos, aunque insisten en la necesidad de concebir a la pena como un medio de enmienda para el condenado y su inserción en la vida social. Más modernamente los representantes de la escuela de defensa social, y en particular el movimiento liderado por Marc Ancel, atribuye a la pena la función de protección de la comunidad social gracias a la apreciación de las condiciones en que el delito fue cometido, de la situación personal del delincuente, de sus probabilidades de enmienda y de sus posibilidades morales y psíquicas que permiten aplicarle un verdadero tratamiento de socialización<sup>10</sup>.

Tal tratamiento de “socialización” enunciado, puede dar lugar a consideraciones que merecen cierta precisión. Tal como apunta Mapelli Caffarena<sup>11</sup>, durante la década de los ochenta ha terminado por consolidarse la crisis de las metas resocializadoras asignadas a la pena, constatando que a pesar de encontrarse en casi todas las legislaciones penitenciarias, ni siquiera las autoridades a cargo de su ejecución niegan la imposibilidad de concreción de tales a metas a la luz de los resultados y el diseño de una serie de actuaciones en el ámbito carcelario.

Se sostiene, que debido a la errónea implantación de mecanismos para alcanzar éstas metas resocializadoras, se ha trasladado la concepción genérica de la pena desde la prevención general hacia la prevención especial, sirviendo las mismas metas para justificar el “ablandamiento” de la ejecución penitenciaria, como la realización de acciones que tienden a impedir la vuelta del individuo a la vida en sociedad<sup>12</sup>.

Es claro que el moderno discurso resocializador surge como una respuesta al ejercicio abusivo de la fuerza por parte del estado en contra de los ciudadanos. Así al menos desde el siglo XIX las metas resocializadoras asignadas a la pena fueron utilizadas como freno para evitar que la desaparición de las penas corporales arrastrarán consigo a la pena privativa de libertad. La crítica relativa a la necesidad de legitimación de la pena desde la perspectiva del estado democrático de derecho alcanzan sin duda a la privación de libertad. Con ello nace la prisión moderna, perfeccionando en términos generales la forma de la privación (legitimada) de libertad.

---

<sup>9</sup> Sin duda el momento de cálculo para la realización del hecho punible tiene sobre sí una polémica de teoría general del derecho álgida. Si se acepta que en el seguimiento de la norma influye una convicción sin conexión absoluta con el resultado asociado a la violación de la norma, o si en cambio el cálculo y la decisión de violación de la norma está tan sólo motivada por una concepción externa y lógica estricta, sin unantecedente motivacional o conviccional interna del sujeto.

<sup>10</sup> Rico, José, “Las sanciones penales y la Política Criminológica Contemporánea”, Ed. Siglo XXI, 5ª edición 1998, México, página 72.

<sup>11</sup> Mapelli Caffarena, Borja, “Tendencias modernas en la legislación penitenciaria, en “Jornadas sobre sistema penitenciario y derechos humanos” organizadas por Procurados penitenciario, Subsecretaría de derechos humanos y sociales del Ministerio del Interior, Honorable Cámara de Senadores, Honorable Cámara de Diputados, Buenos Aires, Argentina, 1994.

<sup>12</sup> Por ejemplo las denominadas “Cárceles de alta seguridad”.

Tan sólo bajo una prisión revestida de los fines resocializadores puede quedar en suspenso la pregunta por la legitimada de la privación (legitimada) de libertad<sup>13</sup>. En el contexto de un estado que tiende a cumplir la promesa de ciertos estándares de bienestar para sus individuos, la pregunta por la justificación racional de la cárcel queda pendiente. ¿Puede entenderse que el estado pretende “adecuar” al individuo que ha transgredido un estándar de conducta conforme a los presupuestos de convivencia social separándolo de la sociedad? Estrictamente uno debiera responder con una pregunta, ¿puede el estado en el marco de la protección del sistema de interacciones sociales inocular a un ciudadano?

Las metas resocializadoras tendieron a dejar de lado el matiz retribucionista de la pena frente al ciudadano, sin embargo no parece pacífico que poner en su lugar la necesidad de “re-educación”, “re-orientación”, “re-adaptación” resulte una opción mejor coordinada con los presupuestos de un estado democrático de derecho. Lo que existe detrás de la ejecución penitenciaria bajo los estándares resocializadores es la desvaloración de una determinada concepción del mundo de parte del sujeto que se transforma en objeto de tratamiento. Tal desvaloración es evidente desde que lo pretendido es cambiar una determinada escala de valores en sentido cognitivo por otra, que resulta ser dominante y legitimada.

Así visto, ¿resulta menos violento entonces la inflicción de un determinado tormento puramente físico que la imposición de una valoración? La pregunta parece tener múltiples respuestas que escapan al contenido del presente artículo.

Además de lo señalado, en el nivel práctica se aprecia, desde la óptica de los intentos de resocialización, una enorme desvinculación práctica atendidos los resultados empíricos observados en las distintas legislaciones penitenciarias.

Sobre la estructuración de los distintos sistemas de administración penitenciaria parecen existir al menos tres líneas argumentativas de explicación o justificación del modo de tratamiento del sujeto privado de libertad. Conforme a lo señalado por Baratta<sup>14</sup> la posición resocializadora es propia de las denominadas teorías del tratamiento, que conciben la ejecución penal bajo el paradigma de lo que Mapelli Caffarena denomina “metas resocializadoras”<sup>15</sup>. La mantención de éste intento de explicación de la ejecución penal tendría como fin general la oposición a las denominadas teorías de la retribución (propia de las teorías clásicas y neoclásicas) y de la neutralización (propia de las teorías neoliberales)<sup>16</sup>. Para Baratta tanto la posición cercana a la resocialización, como las teorías de la retribución y neutralización compartirían un error, desde la perspectiva lógica, común. Este error estaría determinado por la infracción a dos principios de lógica argumentativa, en tanto incurren en la denominada “falacia naturalista” (las teorías de la retribución y neutralización) y en la denominada “falacia normativista” (la teoría de la resocialización). Así Baratta señala: “*En el primer caso, la teoría del castigo y/o de la neutralización, se incurre en lo que en la filosofía práctica se denomina la “falacia naturalista”: se elevan los hechos a las normas o se pretende deducir una norma de los hechos. En el segundo caso, con la nueva teoría de la resocialización, se incurre en la “falacia idealista”: se coloca una norma contradictoria que no puede ser realizada, una norma imposible*”.

Tal análisis de Baratta admite observaciones internas y externas. Internamente, puede discutirse el alcance otorgado a la falacia idealista o normativista. El establecimiento de una norma imposible no puede resultar justificación para su crítica en tanto no se precise de que modo, o en que senti-

---

<sup>13</sup> Al respecto Mapelli Caffarena, *ibid*.

<sup>14</sup> Baratta, Alessandro, “Criminología y sistema Penal”, Editorial “B de F”, Montevideo-Buenos Aires, 2004

<sup>15</sup> Mapelli Caffarena, *ibid*

<sup>16</sup> Lo llamativo de la identificación en Baratta está en que los partidarios de la teoría de la resocialización mantendrían, en atención a la citada oposición, la afirmación de los fines de la pena en tanto integran un tratamiento al sujeto sometido a ella, aún constatando su fracaso empírico.

do, la norma resulta imposible. Si de lo que se trata es de considerar la “no ocurrencia” del supuesto de hecho previsto en la norma, entonces estamos frente a una crítica de política criminal, en tanto determina el modo del establecimiento de la norma, es en definitiva una cuestión, en algún nivel, de técnica legislativa. Por otro lado, si de lo que se trata es de la escasa ocurrencia práctica de la aplicación de la norma, entendida la aplicación como fenómeno, lo que tenemos es una cuestión que puede admitir niveles de análisis, pasando desde el establecimiento de la norma como cuestión de política criminal, luego por la vinculación y elucidación de la norma por el adjudicador, llegando por último al análisis del poder conviccional de la misma a los ciudadanos como destinatarios de las normas. Todas son cuestiones, que si bien desde la perspectiva de la argumentación jurídica son atendibles, pueden ser objetadas si se toma la teoría de la resocialización como un intento de explicación de un fenómeno normativo, por tanto sujeto desde la perspectiva de las normas creadas bajo ese estándar de explicación, a los parámetros de la teoría de las normas, de otro modo la crítica al sistema debe ser desechada. Tan sólo en cuanto se constaten posibilidades de antinomia o colisión de principios, y en tanto se acepte el recurso a la justificación de justicia política de esas normas nos encontraremos con que tales deficiencias pueden ser relevantes.

Pero además resta una observación de carácter externo. En el análisis propuesto por Baratta tenemos que las teorías de la neutralidad y la retribución incurriría en el mismo error lógico. En este punto, debe hacerse la prevención relativa a que al menos intuitivamente, ambas justificaciones responden a esquemas de análisis distintos. La teoría de la neutralización identificada por Baratta cerca del neoliberalismo tiende a satisfacer un estándar de eficiencia, bajo el paradigma del aseguramiento de la libertad. Por su parte, las teorías de la retribución obedecen a un esquema de mantenimiento del “miedo” institucional utilizando entre otros al derecho penal. Es claro que la proposición de la falacia naturalista hecha por Baratta para el caso de la teoría de la retribución es admisible, sin embargo su extensión a la teoría de la neutralización no aparece tan claro. Si es cierto que el liberalismo identifica, para el derecho, ciertos márgenes lícitos de actuación, determinados por la posibilidad de coacción sin reproche ulterior, entonces la aprobación de ese *test* de licitud está dada también para el ejercicio de aplicación de la pena. Entonces, desde la perspectiva del liberalismo la aplicación y ejecución de la pena deben responder satisfactoriamente al *test* de licitud en el marco de un estado democrático liberal de derecho. Sin embargo el problema podría mantenerse si se considera el problema desde la perspectiva del sujeto que sufre la pena. ¿Cómo puede un estado con compromisos de justicia política alienados conforme a una idea liberal de estado que ciertos ciudadanos deban permanecer por lapsos determinados de tiempo privados de su libertad ambulatoria?

En el contexto de la pregunta anotada es que puede considerarse que la mantención de un sistema penitenciario, en el marco de una sociedad que admite la coacción para la mantención de la libertad, deberíamos entender que en el punto de la imposición de una pena se encuentran incluidas las expectativas de mantención de la libertad de todos los ciudadanos, en tanto no se vuelva al “estado de naturaleza” en sentido *hobbesiano*, y además el ejercicio de la libertad del propio agente que transgrede la norma bajo el cálculo de la posibilidad de sufrir la pena bajo ciertos estándares determinados por la mantención de cierto estándar de prestaciones estatales en ese contexto.

### 3.1. Función de la pena privativa de libertad: magnitud y delimitación.

#### 3.1.1. *Función de la pena como enunciado comunicativo*

Además de los planteamientos anotados, resta aún la consideración de un planteamiento relativo a la función de la pena propio del denominado “funcionalismo radical”. Sin duda el punto es

álvido si se tiene a la vista la posición del profesor de la Universidad de Bonn, Günther Jakobs. Para Jakobs lo perseguido por medio del establecimiento y cumplimiento de la pena no es en absoluto en alcanzar “una seguridad completa frente a los delitos (como postulaba Feuerbach al menos en la formulación por él utilizada), sino en la vigencia del ordenamiento jurídico”. De ésta manera es claro que en la formulación jakobsiana no tienen lugar consideraciones materiales en torno a la idea de delito y subsecuentemente de pena. Además, debe considerarse que, lógicamente, coinciden en Jakobs los fines de la pena con el fin y concepción de la norma penal<sup>17</sup>. Así visto tenemos que para Jakobs la idea de pena contiene el reconocimiento de la consecuencia jurídica asociada a la trasgresión de la norma<sup>18</sup>, por lo que lo relevante a efectos de la legitimación de la pena será: (1) el peso de la norma vulnerada y la medida de su vulneración; (2) la situación del aseguramiento cognitivo de esa norma; (3) la responsabilidad del autor por su motivación para cometer el hecho, es decir, si ésta es completamente asunto suyo, o, por el contrario puede exonerársele parcial o completamente al respecto<sup>19</sup>. De esta manera la pena en cuanto a sus efectos se encuentra ligada a un examen de suficiencia relativo al aseguramiento de la vigencia de la norma. “Si el dolor inflingido por la pena se mide exactamente de tal modo que el hecho ocurrido sea entendido generalmente como empresa fallida, evitará que la puesta en peligro de la vigencia de la norma que emana de hecho acabe convirtiéndose en un dolo, y para que se logre esa evitación, el autor deberá asumir la responsabilidad por su hecho”<sup>20</sup> por lo que no puede justificarse desde la perspectiva de la petición de concreción de la vigencia de la norma, una pena que exceda la propia ratificación. A juicio de Jakobs la función preventiva del delito no está entregada exactamente al derecho penal, sino a las funciones policiales, lo que le cabe al derecho penal es la respuesta a la vida social relativa al aseguramiento de la convicción que los sujetos de la sociedad deben mantener en la norma que los rige y ordena la sociedad civil.

Además de lo apuntado tenemos en la concepción de la pena de Jakobs cierta percepción relativa a la posición de la libertad del infractor de la norma. Como se sabe, en la opinión jakobsiana es presupuesta la libertad de asunción de la sociedad civil, en tanto legitima el sistema de normar que integran aquellos supuestos con validez que deben ser salvaguardados por medio del establecimiento de normas penales.

En ese contexto es que Jakobs se detiene en la consideración de ciertos infractores que pueden ser considerados “enemigos” en el contexto social regulado por el sistema de normas a proteger. El problema de legitimación para Jakobs está dado por los supuestos en que un autor manifiesta un comportamiento que excluye que en el futuro se confíe en el comportamiento cumplidor de la norma. Se refiere a casos en que el mensaje comunicativo de la norma, como una consecuencia que torne la realización del hecho que tiene asociada una funesta consecuencia como es la pena, resulta ineficaz, esto no se ratifica al punto de poder afirmar la ausencia por parte del sujeto que la infringe su ulterior trasgresión. Para Jakobs, la extensión por ejemplo de la pena<sup>21</sup>, no tiene lugar contra el sujeto en tanto sujeto de derecho, sino, en cuanto “individuo peligroso”<sup>22</sup>, al que en esa medida se lo “despersonaliza jurídicamente”<sup>23</sup>. La expectativa jurídica, reafirmada, respecto del comportamiento de determinado sujeto, pierde lo que Jakobs denomina su “carácter real”<sup>24</sup>. Al respecto cabe considerar que el mismo Jakobs considera que si bien en un nivel abstracto puede mantenerse y afirmarse la existencia de la expectativa

---

<sup>17</sup> Debe recordarse que en el marco de la teoría del delito en Jakobs se prescinde de la idea de protección de bienes jurídicos, reemplazándose por la ratificación de la vigencia de la norma penal en el sistema jurídico

<sup>18</sup> Determinada por una concepción de la pena como prevención general positiva

<sup>19</sup> Jakobs, Günther, “La pena estatal: significado y finalidad”, traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez, 2004. Título original: “Staatliche Strafe; Bedeutung und Zweck”, Opladen, 2004

<sup>20</sup> Jakobs, Günther, *ibid.* nota 6.

<sup>21</sup> Recordemos que para Jakobs la pena debe satisfacer un estándar de cuidado de la vigencia de la norma, vigencia que limita la magnitud e intensidad de la pena.

<sup>22</sup> Jakobs, Günther, *ibid.*

<sup>23</sup> Jakobs, Günther, *ibid.*

<sup>24</sup> Jakobs, Günther, *ibid.*

en algún sentido, no es menos cierto que ese nivel abstracto no satisface lo que *realmente* puede percibirse como suceso en el mundo.

Sin duda a lo que aquí nos enfrentamos es a la crítica relativa al “derecho penal del enemigo” en la posición de Jakobs. Como se sabe Jakobs defiende una posición en la que debe distinguirse el denominado “derecho penal del ciudadano” y el “derecho penal del enemigo”, en donde para el caso del derecho penal del ciudadano es clara la operatividad del examen de rendimiento de la pena como expresión de la vigencia de la norma penal. En cambio para el caso del derecho penal del enemigo la situación aparece diversa. El complemento a la pena, entendido como ampliación relativa a la función de la misma en el derecho penal, no se entiende si se entiende que esta reacción tiene como sujeto a un ciudadano, en concepto de Jakobs. En cambio si puede ser explicada si la reacción tiene como objeto a un enemigo. En la idea jakobsiana no debe confundirse lo que entendemos como derecho penal del ciudadano con el derecho penal del enemigo, toda vez que *“existe el riesgo de que la laxitud de límites del Derecho Penal del enemigo se extienda también en el Derecho Penal del ciudadano”*.

Es claro que tal argumento de Jakobs se encuentra expuesto a críticas de orden político-criminal. Evidente es a su vez que en satisfacción del principio de igualdad resulta al menos controvertido afirmar la existencia de dos ordenamientos penales que viven autónomamente el uno respecto del otro. Aún más controvertido resulta considerar que éstos ordenamientos penales, reconocibles en un solo Código Penal, se relacionan con las normas supralegales de manera distinta. Si es cierto que la aplicación de la pena de los ciudadanos se encuentra fuertemente limitada por el respeto a los derechos y garantías constitucionales que actúa como principios limitativos de toda la actividad punitiva estatal, para el caso del derecho penal del ciudadano, entonces la pregunta es ¿puede afirmarse una diferencia suficiente para negar la conexión o sujeción relativa a la limitación de la pena para el derecho penal del enemigo?

Sin perjuicio de las críticas lo que tenemos en Jakobs es casi con precisión la situación penitenciaria nacional. Es evidente que de la revisión de las efectivas posibilidades de acceso a la justicia por parte de los privados de libertad, los límites de la aplicación de la pena admiten *laxitud*.

Resulta claro que al privado de libertad “común” esto es el que se encuentra privado de libertad en la mayoría de los establecimientos penales del país, las garantías constitucionales se encuentran respetadas sin sujeción estricta a las limitaciones inherentes a la ejecución penal.

### 3.1.2. Función de la ejecución penal como cuestión de simbología política

Como se sabe, a diferencia de la posición propia del funcionalismo radical atribuida a Jakobs, tenemos que la posición paradigmática para el funcionalismo ortodoxo es la sostenida por el profesor Claus Roxin.

El punto de partida que ofrece una diferenciación esencial entre ambas posturas está dado por la consideración del objeto de protección del Derecho Penal. Ante la pregunta por la función del derecho penal Roxin utiliza como criterio legitimatorio la teoría del bien jurídico, elemento del que como se ha anotado, Jakobs prescinde.

En este contexto, debe anotarse que la asunción de la disvaloración penal de una conducta, tiene como necesario correlato la identificación satisfactoria de un determinado bien jurídico susceptible de ser afectado en el marco de un estado democrático de derecho.

En este contexto Roxin<sup>25</sup> entiende que la función del derecho penal es la “*protección subsidiaria de bienes jurídicos*”, entendido por bienes jurídicos “*todas las circunstancias que son presupuesto para una pacífica*

<sup>25</sup> Roxin. Claus, *ibid.*

*coexistencia de las personas sobre la base de la libertad y la igualdad* y entiendo por función subsidiaria de protección de éstos bienes jurídicos: “*la preeminencia de medidas de política social menos graves*”. De esta manera allí donde puedan protegerse estos presupuestos de subsistencia, es claro que debe preferirse cualquier medio de control social alternativo a la utilización del derecho penal.

Además, si se tiene a la vista que la actuación del derecho penal admite grados de intervención desde la perspectiva de la intensidad del ataque al sujeto infractor, entonces debemos entender, de acuerdo a lo postulado por Roxin, que debe preferirse aquel medio que, aún en el contexto del derecho penal, resulte menos intenso.

Para el caso de la pena privativa de libertad la cuestión parece clara. Tan sólo en los casos donde sea imposible la utilización de un medio menos intenso en la afectación de los derechos del sujeto infractor, debe utilizarse la pena privativa de libertad. Y por otro lado, allí donde resulte necesaria la aplicación de la pena privativa de libertad, al tener sobre sí un cuestionamiento de legitimada de alta intensidad, debe velarse por la afectación de la libertad tan sólo en la medida que se asegure la función subsidiaria de protección de bienes jurídicos por parte del derecho penal. Así resulta claro que para el caso de la comisión de un delito por parte de un sujeto, en que sea imposible la preferencia por un medio de control distinto de la pena privativa de libertad, nada legitima la afectación de otras garantías, tales como el libre desarrollo de la personalidad y los bienes de ella derivados. Desde el planteamiento de Roxin, tenemos que esos bienes satélites del privado de libertad son bienes jurídicos en el mismo sentido y entidad que el bien jurídico protegido por medio de la imposición de la pena.

#### 4. Modelo chileno de imposición administrativa de la pena.

Como ya se ha apuntado, la regulación de justicia penitenciaria en el derecho chileno tiene una expresión en lo esencial a nivel reglamentario.<sup>26</sup>

Debe precisarse que la legislación penitenciaria existente en Chile somete a sus normas tanto a los detenidos, a las personas sujetas a prisión preventiva como a los sentenciados a penas privativas de libertad o sustitutivas de ellas.<sup>27</sup>

El Reglamento penitenciario chileno, constituye un intenso esfuerzo por adaptar la legislación chilena a las distintas obligaciones emanadas de los tratados internacionales de Derechos Humanos ratificados y vigentes en Chile, tal como señala el propio artículo 4 del mencionado reglamento<sup>28</sup>. Tal declaración revistió gran importancia considerando que con anterioridad a ella, la situación de los privados de libertad era de “ausencia de derechos”, a pesar de que una interpretación exclusionaria de garantías constitucionales no parecía posible, debido a que no existía ni existe disposición constitucional que excluyera a los privados de libertad del espectro de derechos fundamentales del artículo 19 de la Constitución Política de 1980.

Sin embargo, la situación en los hechos de los privados de libertad en Chile continúa siendo deficitaria. Graves problemas de hacinamiento, falta de higiene y mínimas condiciones de vida son aspectos que a pesar de la vinculación al discurso de los derechos humanos hecha incluso a nivel nor-

---

<sup>26</sup> Así queda de manifiesto al constatar que la expresión normativa más concreta en Chile es el “Reglamento de establecimientos penitenciarios”, D.S. N° 518 (J).

<sup>27</sup> Así queda de manifiesto con la lectura del artículo 1 del Reglamento de establecimiento penitenciarios. Al respecto Horvitz, María Inés, “La protección jurídica de los derechos del privado de libertad en el ámbito carcelario chileno. Derecho y realidad”, inédito. En el presente apartado se seguirá el esquema presente en el citado artículo

<sup>28</sup> Establece el citado artículo: “La actividad penitenciaria se desarrollará con las garantías y dentro de los límites establecidos por la Constitución, las leyes, los reglamentos, las sentencias judiciales y los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes”.

mativo permanecen inalteradas. Aún más grave y junto a estas deficientes condiciones, se encuentra la ausencia de instancias jurisdiccionales efectivas ante las cuales los privados de libertad puedan plantear sus reclamaciones, incluso frente a los excesos en la actuación de la administración penitenciaria.

Tan sólo hacia 1991 y con ocasión de un conjunto de hechos problemáticos ocurridos en los recintos penales, la Cámara de Diputados creó una comisión especial para investigar y emitir un informe acerca de la situación penitenciaria nacional, y junto a ello, proponer políticas de superación de los problemas críticos del mismo. Tal informe identificó las siguientes deficiencias:

- a) Altos índices de hacinamiento;
- b) Un importante déficit de personal penitenciario en todas las áreas;
- c) La inexistencia de un cuerpo legal que regulase todo lo relacionado con la ejecución de las penas y de los procedimientos jurisdiccionales para tutelar el respeto de los derechos de los penados y controlar la aplicación de las normas penitenciarias.

Debido a las intensas críticas planteadas, y debido a la urgente necesidad de adecuar la legislación nacional, el artículo 2 del mencionado Reglamento de establecimiento penitenciarios señala que será principio rector de la actividad penitenciaria “el antecedente que el interno se encuentra en una relación de derecho público con el estado, de manera que fuera de los derechos perdidos o limitados por su detención, prisión preventiva o condena, su condición jurídica es idéntica a la de los ciudadanos libres”, planteando que “la administración penitenciaria procurará la realización efectiva de los derechos humanos compatibles con la condición del interno” (artículo 5 del Reglamento).

Conforme a lo señalado, además de la afectación de la libertad ambulatoria, establece la sujeción a vigilancia y restricciones del derecho a comunicarse por escrito, el derecho a la información, el que puede ser limitado por resolución fundada de las autoridades penitenciarias, el derecho a catre, colchón y frazada, a una vestimenta digna y a alimentación que responda a mínimas normas de higiene y dietéticas. Se establece además el derecho a visitas ordinarias, extraordinarias y especiales (con el fin de mantener relaciones íntimas), las que pueden ser suspendidas por resolución fundada del alcaide del establecimiento, el derecho a que se le permita dentro del establecimiento a efectuar estudios de enseñanza básica en forma gratuita, a capacitarse y realizar trabajos remunerados que sirvan a su resocialización, etc.

Dentro de éste catálogo debe destacarse el derecho a efectuar peticiones<sup>29</sup>. El artículo 9 del Reglamento establece que los internos, en defensa de sus derechos e intereses, podrán dirigirse a las autoridades competentes y formular las reclamaciones y peticiones pertinentes, a través de los recursos legales. También podrán presentar a las autoridades penitenciarias peticiones y quejas relativas a su tratamiento o al régimen del establecimiento.

El procedimiento para hacer valer este derecho de petición está determinado por el artículo 58 del Reglamento. Así las reclamaciones deben efectuarse en forma individual, verbalmente o por escrito, debiendo ser necesariamente cursadas y contestadas por escrito o verbalmente por el Alcaide en las audiencias que conceda. En ningún caso el funcionario encargado de su recepción podrá negarse a recibirlas o a tramitar las peticiones.

Esta es toda la descripción presente en el mencionado Reglamento. Es claro que el procedimiento descrito resulta absolutamente insuficiente y no asegura debidamente los derechos del interno que no son afectados por la pena impuesta. Además puede sostenerse que este procedimiento atenta al principio republicano de la separación de poderes al estar radicado en el mismo ente administrativo la ejecución de toda la actividad penitenciaria y la resolución de las reclamaciones asociadas al ejercicio de esa misma actividad.

---

<sup>29</sup> Besschwerdrecht alemán.

La solución parecería estar dada por el establecimiento de un Juez o Tribunal de Ejecución Penitenciaria, tal como acontece en las legislaciones comparadas, ante quien los internos puedan acceder con sus reclamaciones y peticiones, en el marco de un estado de derecho la instancia jurisdiccional aparece como ineludible.

En el esquema actual de la regulación penitenciaria pareciera ser que la forma de tutela de los derechos de los privados de libertad en sede jurisdiccional está determinada por el uso del recurso de protección. Sin embargo, parece claro que éste mecanismo resulta insuficiente. En primer orden ofrece una serie de complicaciones prácticas, como la necesaria contratación de un abogado en el marco de la falta de recurso que por regla general afecta a las personas encerradas en un establecimiento penitenciario. De hacerlo ellos personalmente requeriría el manejo de ciertas habilidades como una clara exposición de los hechos y fundamentación jurídica mínima, lo que atendiendo el bajo estándar educacional de los privados de libertad no aparece como viable. Además, desde la perspectiva de los resultados prácticos, son escasos los recursos de protección en esta área presentado y acogido conforme a las solicitudes en él contenidas.

## 5 Función de la ejecución penal y limitación de derechos fundamentales.

Como resulta evidente, la aplicación de la pena privativa de libertad constituye una forma legitimada de expresar la deslealtad del sujeto ante el mensaje de convivencia estabilizado en la sociedad.<sup>30</sup>

Imbricado a la idea de pena (útil) en el marco del estado de derecho se encuentra la funcionalidad de la idea de derecho fundamental. Al respecto debe tenerse a la vista lo señalado por Alexy<sup>31</sup>: *“Los derechos a algo y las obligaciones relacionales son las dos caras de la misma moneda. Observados desde el punto de vista lógico, constituyen relaciones conversas. Esto significa que entre los derechos y las normas existe una relación de implicación necesaria. Si bien es cierto que cuando una norma es válida no siempre existe un derecho que le sea correlativo —esto porque hay normas que estatuyen obligaciones meramente objetivas—, sin embargo sí es cierto que siempre que existe un derecho debe existir una norma válida que lo garantiza”*.<sup>32</sup>

Si se tiene a la vista el párrafo citado debe considerarse que la imposición de una determinada pena constituye necesariamente una relación en el sentido expuesto por Alexy. De una parte se debe tener a la vista que la pena se encuentra prevista en una norma jurídica con pretensiones de validez y aplicación vinculante. Por otro lado debe considerarse la existencia de un sujeto que calcula como consecuencia necesaria de una acción propia (atribuible) la imposición en los hechos de una pena, entonces este sujeto tiene en alguna dimensión *derecho* a la pena.

Si se asume como cierta la tesis alexyana entonces debe considerarse que allí donde la validez de un enunciado encuentra estabilización (desde la perspectiva de su previsibilidad) en una regla jurídica entonces debe ser posible la constatación de un derecho fundamental. Tal constatación requiere, desde luego, la mantención del sujeto que opera en el ámbito del partícipe en el marco de la relación de implicancia anotada. El caso que bajo la tesis de Alexy admite excepción a esta constante está dado por aquellas normas que estableces obligaciones objetivas. Es claro entonces que de responder afirmativamente la pregunta sobre la concurrencia de una obligación objetiva debe responderse negativamente la pregunta sobre la concurrencia de la relación de implicancia existente para el caso de aquellas reglas jurídicas que no establecen obligaciones objetivas.

---

<sup>30</sup> Por todos, Silva Sánchez, *“Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo”*, Ed. Bosch, Barcelona, 1992.

<sup>31</sup> Alexy, Robert, *“Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios”*, Editado por la Universidad de Externado de Colombia, traducción de Carlos Bernal Pulido, 2003.

<sup>32</sup> Alexy, Robert, Op. Cit., página 20.

En el caso de la imposición de la pena, y teniendo en cuenta lo señalado anteriormente sobre la función de la pena, debe tenerse en cuenta el hecho (institucional) de adjudicación de la pena y su subsecuente cumplimiento puede considerarse una obligación objetiva, que excluiría la posibilidad de identificar “el derecho de ese ciudadano a la pena”. Sin embargo, en el hecho (institucional) relativo a la imposición de la pena existen además una serie de garantías que pueden ser afirmadas, y subsecuentemente provocarían la necesidad de constatar la relación de implicancia entre la regla que lo establece y el derecho. En palabras de Alexy: “*siempre que existe un derecho debe existir una norma válida que lo garantice*”.<sup>33</sup>

Tales derechos pueden identificarse en primer orden con los derechos propios de la función asociada a la pena desde el punto de vista normativo. En el caso chileno la norma atingente se encuentra en el artículo 2 del D.S. 518 (J), Reglamento de Establecimientos penitenciarios<sup>34</sup> en relación al artículo 4 del mismo reglamento<sup>35</sup>. Del juego recíproco de ambas disposiciones, así como de la interpretación igualitaria estándar relativa al acceso a las garantías contenidas en el artículo 19 de la Constitución Política chilena de 1980<sup>36</sup>, tenemos que en el caso de la imposición de la pena en el derecho chileno existe en alguna dimensión un “derecho” a la aplicación proporcional de la pena atendida la entidad de la afectación de distintos derechos fundamentales asociados a la libertad ambulatoria.<sup>37</sup>

Si el enunciado anterior es correcto, esto es, si es cierto que el ciudadano tiene un derecho frente al estado relativo a la no afectación de más derechos que aquellos cuya afectación se encuentra temporalmente legitimada por una norma, es decir que aquellos derechos que el estado tiene a su vez derecho a afectar, entonces debemos poder identificar que tipo de derecho es el derecho a la “no afectación” de más derechos que aquellos que se tiene derecho a afectar.

En este sentido debe tenerse en consideración que al menos desde la perspectiva alexyana pueden manejar tres conceptos de derecho fundamental. Así visto, el derecho fundamental admite una concepción formal, material y procedimental.

Desde una perspectiva formal el derecho fundamental se encuentra estructurado con base en la forma en que está dispuesto el derecho en el ámbito del derecho positivo. Así, todos los derechos fundamentales catalogados como tales por la constitución satisfacen la idea formal de derecho fundamental.

Como correctivo a esta idea formal de concurrencia en el “catálogo” de derechos fundamentales debe considerarse la concepción material de derecho fundamental. En este sentido lo distintivo no es la concurrencia del derecho en un determinado catálogo constitucional. Como señala Alexy<sup>38</sup> la

<sup>33</sup> Alexy, Robert, OP. Cit., página 21.

<sup>34</sup> Artículo 2, Reglamento de establecimientos penitenciarios chileno: “Artículo 2°.- Será principio rector de dicha actividad el antecedente que el interno se encuentra en una relación de derecho público con el Estado, de manera que fuera de los derechos perdidos o limitados por su detención, prisión preventiva o condena, su condición jurídica es idéntica a la de los ciudadanos libres.

<sup>35</sup> Artículo 4, Reglamento de Establecimientos penitenciarios, “Artículo 4°.- La actividad penitenciaria se desarrollará con las garantías y dentro de los límites establecidos por la Constitución, las leyes, los reglamentos, las sentencias judiciales y los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes. Los funcionarios que quebranten estos límites incurrirán en responsabilidad, de acuerdo con la legislación vigente.

<sup>36</sup> Al respecto Horvitz, María Inés, Horvitz, María Inés, “La protección jurídica de los derechos del privado de libertad en el ámbito carcelario chileno. Derecho y realidad”, inédito.

<sup>37</sup> Con mayor claridad aparece expresado en un antiguo anteproyecto de Ley de Ejecución de Penas del Ministerio de Justicia, atribuido a Manuel de Rivacoba. En su artículo 8° señala: “Ningún penado podrá sufrir limitación alguna de su libertad y derechos, que no sea consecuencia directa e inevitable de la naturaleza de la pena impuesta, de su regulación legal expresa y de la decisión judicial que la imponga, dentro del marco constitucional y legal. La ley penal de ejecución no podrá ser integrada por analogía”.

<sup>38</sup> Alexy, Ibid.

formulación más ortodoxa de derecho fundamental material pertenece a Carl Schmitt, quien identifica a los derechos fundamentales como “*sólo los derechos humanos liberales del individuo*”<sup>39</sup>. En este sentido, como apunta el mismo Alexy, podemos dar con uno de los rasgos distintivos del concepto de derecho fundamental, este es predicable respecto de un individuo. Por otra parte, considerando la estructura triádica propia del derecho fundamental, bajo la concepción material el destinatario de la relación es siempre el estado. Es decir, siempre será un individuo el titular del derecho humano liberal y siempre la prestación contenida en la formulación del derecho está dada *en contra* del estado.

Además, una vez asumida la corrección material de derecho fundamental, queda pendiente la pregunta relativa a la recepción de los derechos fundamentales en el nivel constitucional. En este sentido, bajo el esquema alexyano debe corregirse una vez más el concepto de derecho fundamental tornándolo procedimental. El punto de vista procedimental debe servir de base para la unión de los elementos formales y materiales. En este sentido el establecimiento de los derechos fundamentales se encuentra íntimamente vinculado al desarrollo del sistema democrático en donde se encuentre situado. Por una parte las libertades de los sujetos que integran la sociedad fundan la posibilidad de establecimiento de los derechos en cualquier nivel (incluyendo el constitucional) y por otro lado sirve de límite. En el caso de la imposición de la pena tenemos que la mantención de la libertad sirve de base en el contexto del sistema democrático para la imposición de la pena.

Por otra parte la mantención de la entidad de libertad asumida desde la carta fundamental al menos, sirve de límite al ejercicio de la actividad punitiva, por vía por ejemplo de la reconstrucción de los principios limitativos del *ius puniendi*.

En este punto sin duda el razonamiento bajo el prisma del esquema propuesto por Alexy sigue una secuencia satisfactoria. Puede afirmarse que en el marco de la imposición administrativa de la pena el sujeto que interviene como partícipe en ese proceso tiene un derecho (fundamental) a no ver afectados más derechos que los prometidos por la pena. Así como una justificación liberal del ejercicio del *ius puniendi* debe considerar legitimada tan la coacción tendiente al aseguramiento de la libertad, el derecho fundamental emanado para el sujeto en éste ámbito se encuentra vinculado a la existencia de los principios limitativos del *ius puniendi*.

Conforme los conceptos de derecho fundamental, en Alexy este derecho encuentra sin duda alguna explicación material<sup>40</sup>, pero carece de expresión formal –al menos a primera vista- y de expresión procedimental.

La expresión formal para el mencionado derecho puede derivarse en tanto se entienda dilucidada la discusión en torno a la operatividad del inciso segundo del artículo 5 de la Constitución Política de 1980<sup>41</sup>. Si es cierto que pueden entenderse considerados o mencionados en el rango constitucional a los derechos establecidos en instrumentos internacionales sobre derechos humanos, entonces formalmente debemos entenderlo incluido por esta vía.

---

<sup>39</sup> Schmitt, Carl, *Verfassungslehre*, Berlín, 1970, citado por Alexy, Robert, “*Los derechos fundamentales*”, en “Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios”, Editado por la Universidad de Externado de Colombia, 2003.

<sup>40</sup> Sobre todo teniendo a la vista la consolidación de un discurso especificado de los derechos humanos, con reflejo por ejemplo en el Conjunto de principio para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión de las Naciones Unidas, Principio 3: “**Principio 3.** No se restringirá o menoscabará ninguno de los derechos humanos de las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión reconocidos o vigentes en un Estado en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres so pretexto de que el presente Conjunto de Principios no reconoce esos derechos o los reconoce en menor grado.”

<sup>41</sup> Artículo 5 inciso segundo de la Constitución Política de 1980: “Artículo 5°. La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio.”

Podría pensarse que a primera vista la idea procedimental se encuentra satisfecha, sin embargo del análisis propuesto por Alexy se deduce que la intervención del proceso democrático que sirve de base a la inclusión debe ser más o menos directa. Es claro que si admitimos laxitud entonces tenemos que por el hecho de haberse establecido la vía de ingreso de promoción de derechos humanos en el inciso segundo del artículo 5° entonces el aparato institucional chileno ha querido tener como derecho fundamental el derecho a no sufrir la afectación de otros derechos que no sean los legitimados para el aseguramiento de la libertad. Es claro que puede objetarse tal afirmación. Al respecto conviene tener en vista lo señalado por Atria<sup>42</sup>: “*Los derechos humanos representan límites a través de los cuales los ciudadanos pretenden mantener a raya al Leviathan. Por consiguiente la determinación del contenido y la protección de esos límites no puede quedar entregada al Leviatán mismo. Ergo juridificación*”.

En este punto es claro que el artículo 5° tiene una función política que puede resultar limitadora o garantizadora – n concepto de Atria en consonancia con la idea jurídica de comunidad contenida en el artículo 10 de la Constitución Política<sup>43</sup>, que cumple la función de definición *jurídica*- que puede dar lugar políticamente la inclusión del derecho fundamental de evitación de las consecuencias *excesivas* de la aplicación de la pena.

<sup>42</sup> Atria, Fernando, “*Ubi Ius, Ibi remedium?*, *La relevancia jurídica de los derechos humanos*” en Revista de Estudios de la Justicia Número 3, Editada por el Centro de Estudios de la Justicia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, año 2003, páginas 35 y siguientes.

<sup>43</sup> El artículo 10 de la Constitución Política establece quienes jurídicamente integran (son) la comunidad:

“Artículo 10. Son Chilenos:

1°.- Los nacidos en el territorio de Chile, con excepción de los hijos de extranjeros que se encuentren en Chile en servicio de su Gobierno, y de los hijos de extranjeros transeúntes, todos los que, sin embargo, podrán optar por la nacionalidad chilena;

2°.- Los hijos de padre o madre chilenos nacidos en territorio extranjero, hallándose cualquiera de éstos en actual servicio de la República, quienes se considerarán para todos los efectos como nacidos en el territorio chileno;

3°.- Los hijos de padre o madre chilenos, nacidos en territorio extranjero, por el solo hecho de avecindarse por más de un año en Chile;

4°.- Los extranjeros que obtuvieren carta de nacionalización en conformidad a la ley, renunciando expresamente a su nacionalidad anterior. No se exigirá esta renuncia a los nacidos en país extranjero que, en virtud de un tratado internacional, conceda este mismo beneficio a los chilenos.

Los nacionalizados en conformidad a este número tendrán opción a cargos públicos de elección popular sólo después de cinco años de estar en posesión de sus cartas de nacionalización, y

5°.- Los que obtuvieren especial gracia de nacionalización por ley.

La ley reglamentará los procedimientos de opción por la nacionalidad chilena; de otorgamiento, negativa y cancelación de las cartas de nacionalización, y la formación de un registro de todos estos actos.