



**DEFENSORIA NACIONAL  
DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS Y PROYECTOS**

**INFORME EN DERECHO**

**“Los permisos de salida en la legislación chilena”  
María Alicia Salinero Rates**

**N° 5/2007/Septiembre**

Consulta sobre la versión oficial de este documento a:  
[estudios@defensoriapenal.cl](mailto:estudios@defensoriapenal.cl)

**AREA PENITENCIARIA Y DE MEDIDAS DE SEGURIDAD**

<b>ÍNDICE</b> .....	1
<b>INTRODUCCION</b> .....	3
<b>I. CONCEPTO Y UBICACIÓN SISTEMÁTICA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO</b> .....	4
1. Fin de la ejecución penal .....	4
2. Concepto legal y doctrinario de los permisos de salida .....	7
2.1. Concepto legal.....	7
2.2. Concepto doctrinario.....	9
3. Funciones de los permisos de salida.....	9
4. Ubicación en el ordenamiento jurídico.....	11
<b>II. PREVENCIÓN ESPECIAL POSITIVA VERSUS PROTECCIÓN DE LA CIUDADANÍA FRENTE A NUEVOS DELITOS</b> .....	14
1. Planteamiento del conflicto de intereses.....	14
2. Un criterio de solución: el riesgo responsable .....	15
<b>III. LOS PERMISOS DE SALIDA EN PARTICULAR</b> .....	18
1. Salida Esporádica.....	18
2. Salida Dominical .....	20
3. Salida de fin de semana .....	20
4. Salida Controlada al medio libre .....	21
<b>IV. AUTORIDAD COMPETENTE Y NATURALEZA DE LA DECISIÓN QUE OTORGA O NIEGA UN PERMISO DE SALIDA</b> .....	23
1. Autoridad competente.....	23
2. Naturaleza de la decisión.....	23
<b>V. REQUISITOS PARA LA CONCESIÓN DE LOS PERMISOS DE SALIDA</b> .....	26
1. Requisitos generales .....	26
1.1. Requisitos formales de postulación .....	26
1.2. Requisitos de concesión.....	29
2. Requisitos en caso de quebrantamiento y/o comisión de un nuevo delito.....	36
2.1. Quebrantamiento de condena .....	36
2.2. Comisión de un nuevo delito.....	37
<b>VI. OBLIGACIONES DEL BENEFICIARIO, SUSPENSIÓN Y REVOCACIÓN DEL PERMISO DE SALIDA</b> .....	39
1. Obligaciones del beneficiario .....	39
2. Suspensión y revocación del beneficio.....	39
2.1. Modificación de las circunstancias que dieron origen a la concesión del permiso .....	40
2.2. Abuso de la medida.....	40
2.3. Incumplimiento de las órdenes impartidas.....	41
<b>VII. VÍAS DE IMPUGNACIÓN DE LA RESOLUCIÓN QUE DENIEGA, SUSPENDE O REVOCA UN PERMISO DE SALIDA</b> .....	44
1. Vía Administrativa .....	45
1.1. Recurso de petición .....	45
1.2. Recurso jerárquico.....	46
2. Vía Judicial .....	47
2.1. Acción constitucional de amparo .....	47
2.2. Acción constitucional de protección.....	49

2.3. Juez de Garantía .....	51
<b>VIII. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA Y/O PENAL DEL FUNCIONARIO PÚBLICO .....</b>	<b>55</b>
1. Responsabilidad administrativa .....	55
2. Responsabilidad penal.....	56
2.1. Prevaricación administrativa (art. 228 CP) .....	56
2.2. Denegación de Servicio (art.256 CP) .....	58
<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>59</b>

## INTRODUCCION

La Defensoría Penal Pública ha solicitado a la suscrita que informe en derecho sobre los permisos de salida contemplados en el art. 96 del Reglamento Penitenciario. En especial se ha solicitado la referencia comparativa a la legislación alemana pertinente.

La materia encomendada resulta de gran relevancia atendida la circunstancia que nuestra normativa penitenciaria, al igual que otras legislaciones latinoamericanas y europeas, ha optado por la reinserción social, llamada también resocialización, como el fin de la ejecución penal. Se busca, durante el cumplimiento de la condena privativa de libertad, hacer del condenado una persona con la capacidad y voluntad de respetar las normas penales. En este contexto surge el objeto de nuestro estudio, los permisos de salida, como importantes medidas de tratamiento al servicio de la resocialización. Ellas posibilitarán el contacto del condenado con el medio externo y lo prepararán, en un proceso gradual, para el momento de su reintegración a la sociedad.

El presente informe abordará, sobre la base de una comparación normativa chileno-alemana, todos los aspectos relevantes en torno a los permisos de salida. Se examinará su naturaleza, funciones, ubicación en el ordenamiento jurídico y su vinculación con el fin de reinserción social. Se describirá cada permiso en particular, desarrollándose en forma detallada cada uno de los requisitos de otorgamiento, para luego referirse a la naturaleza jurídica de la resolución que otorga o deniega un permiso de salida. Se estudiarán las causales de suspensión y revocación de estas medidas, las obligaciones del beneficiario del permiso, las vías de protección, tanto judicial como administrativa, de que dispone el condenado frente a una resolución denegatoria de un permiso, para finalizar con la eventual responsabilidad administrativa y/o penal en que pudiere incurrir la autoridad frente a una denegación, suspensión o revocación arbitrarias de un permiso de salida.

La referencia a la normativa comparada resulta de gran interés e importancia a la luz de la transformación del sistema de justicia criminal que se inició en nuestro país a partir de 1997. Uno de los objetivos centrales de dicha reforma ha sido la adecuación del sistema procesal penal a las exigencias de un Estado democrático.<sup>1</sup> Pero esta transformación no puede entenderse acabada si no va acompañada de nuevos cambios que incluyan un derecho penal material y de ejecución de penas moderno, garantista y acorde con el nuevo proceso penal. Sólo así podremos contar con un sistema de justicia criminal coherente en su conjunto. En este contexto la comparación de cuerpos legales normativos ofrece la posibilidad de conocer ordenamientos jurídicos extranjeros. Dicho conocimiento importa, por una parte, contar con valiosas propuestas para el mejoramiento del derecho interno y, por otra, la base para reafirmar pareceres y puntos de vista previos.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> *Horvitz Lennon/López Masle*, "Derecho Procesal Penal chileno", Tomo I, editorial Jurídica de Chile, pag. 31.

<sup>2</sup> *Jescheck, H-H*, "Entwicklung, Aufgaben und Methoden der Strafrechtsvergleichung", Tübingen, 1955, pag. 16.

# I. CONCEPTO Y UBICACIÓN SISTEMÁTICA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

## 1. Fin de la ejecución penal

Diversas teorías han sido desarrolladas por la doctrina a lo largo de la historia para determinar la naturaleza y fin de la pena. Con independencia de la finalidad que se le atribuya a la pena en las dos primeras fases del ordenamiento penal (etapa legislativa - amenaza penal y judicial - aplicación de la pena en la sentencia)<sup>3</sup> nuestra legislación, al igual que otras comparadas así como también documentos internacionales<sup>4</sup>, ha optado en la última fase - de ejecución penal - por una finalidad preventivo especial al establecer que la pena debe conducir a la resocialización del condenado. El artículo 10 RP establece que la actividad penitenciaria tendrá como fin primordial *“la acción educativa necesaria para la reinserción social de los sentenciados a penas privativas de libertad”*.

La resocialización del condenado es un concepto que se remonta a la segunda mitad del siglo XVI con el surgimiento de la pena privativa de libertad moderna y el pensamiento calvinista de que a través del trabajo y la religión se lograría la corrección del delincuente y su posterior integración en la sociedad.

El término resocialización proviene del vocablo socialización. Desde una perspectiva sociológica se entiende por éste el proceso de aprendizaje, adopción e interiorización de un comportamiento social orientado hacia el prójimo y el medio que lo rodea.<sup>5</sup> La resocialización llevaría implícita la idea de que la criminalidad obedecería a un defecto o deficiencia en el proceso de socialización del individuo, el que durante la ejecución de la pena debería ser subsanado. La deficiencia en el proceso de socialización supone necesariamente que dicho proceso ha tenido lugar en la vida del condenado, lo que en muchísimos casos no ha acontecido o sólo parcialmente. Es por ello que algunos autores prefieren hablar de una “Socialización Sustituta” y no de una resocialización.<sup>6</sup>

A través de la resocialización se busca influir positivamente en el delincuente con la finalidad única de impedir que éste, en un futuro, cometa nuevos delitos. Se persigue transmitirle al condenado la capacidad y la intención de dirigir su vida en forma responsable. El condenado debe aprender a consolidarse bajo las condiciones de la sociedad sin violar la ley, a aprovechar las ventajas que se le presentan y superar los riesgos. Debe ser capaz de enfrentar y superar situaciones riesgosas, desde una perspectiva criminal, sin reincidir. En relación a esto último y considerando que un número importante de ciudadanos ha cometido,

---

<sup>3</sup> Así en el modelo dialéctico desarrollado por *Roxin*. Al respecto, por ej., *Rivera Beiras, I.*, “La Cuestión carcelaria”, 2006, pag. 232.

<sup>4</sup> Legislación alemana (§2 Ley de Ejecución de Penas), legislación española (art.25.2 Constitución española y 1 Ley orgánica general penitenciaria) legislación argentina (art.1 Ley de ejecución de la pena privativa de libertad) brasilera (art.1 Ley de Ejecución penal), legislación de la República del Salvador (art.2 Ley Penitenciaria) Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos (arts. 58 y 65); Pacto Internacional sobre derechos civiles y políticos (art.10 III 1).

<sup>5</sup> Véase *Leyendecker, N. A.* “(Re-) Sozialisierung und Verfassungsrecht”, 2001, pag.34.

<sup>6</sup> Así por ej. *Laubenthal, K.*, *Strafvollzug*, 3ª ed., 2003, pag.66.

en algún momento de su vida, algún ilícito penal de menor alcance<sup>7</sup>, lo que se persigue a través de la resocialización no es una ausencia de reincidencia absoluta, sino evitar la comisión de delitos de consideración o la comisión constante de delitos de menor magnitud.<sup>8</sup>

Nuestro reglamento penitenciario<sup>9</sup> (Decreto Supremo (J) N°518/98), junto con adscribir a la teoría de la prevención especial positiva, establece que la actividad penitenciaria tendrá también como fin “la atención, custodia y asistencia de detenidos, sujetos a prisión preventiva y condenados”.

La atención y asistencia de aquellas personas que se encuentran privadas de libertad en un establecimiento penitenciario, más que un fin al que se deba aspirar y perseguir, es una obligación a la que debe dar cumplimiento todo Estado respecto de aquellas personas que ha privado de libertad y que, a consecuencia de ello, no pueden proveerse de los medios necesarios de subsistencia. Es por ello que la administración penitenciaria debe proporcionar al condenado las condiciones básicas de alojamiento, alimentación y asistencia médica que sean acordes con la dignidad humana.

Junto a la obligación de atención y asistencia el RP se refiere a la custodia de las personas que se encuentran en los establecimientos penales. La custodia, esto es, la vigilancia y el control que el personal penitenciario ejercerá sobre el condenado durante la ejecución de la pena es consustancial a toda privación de libertad. A través del encierro y la custodia se da cumplimiento a la tarea de seguridad, propia de toda administración penitenciaria, consistente en proteger a la ciudadanía frente a la comisión de nuevos delitos. Dicha protección, sin embargo, se extiende únicamente al tiempo de ejecución de la pena ya que una vez que ésta se encuentre cumplida y el condenado salga en libertad, será a través de una resocialización exitosa que se dará cumplimiento a la tarea de protección. La protección de la ciudadanía mediante el encierro y la custodia del condenado corresponde al fin de la pena de la prevención especial negativa.<sup>10</sup>

Las teorías preventivo especiales persiguen impedir la comisión de nuevos ilícitos penales influyendo en la persona del delincuente. Esta influencia puede ser “positiva” cuando mediante la ejecución de la pena se crean condiciones favorables, concretamente habilidades sociales, que le permitirán al delincuente dirigir su vida de conformidad con el ordenamiento jurídico. Pero la influencia

---

<sup>7</sup> Más tajante, en tal sentido, Leyendecker, *op.cit.* pag. 39, al referirse a “la mayoría de los ciudadanos”

<sup>8</sup> Leyendecker, *op.cit.*, pag.39. En igual sentido Feest, J./Lesting, en Feest. (ed.), AK-StVollzG, 5ª ed., 2006,

pag. 15 quienes señalan que entender la resocialización como una vida sin delitos importa una expectativa irrealista y desproporcionada. Agregan que incluso aquellas personas que jamás han tenido contacto con el sistema de justicia penal, no llevan una vida sin delitos. Lo que se persigue es disminuir la reincidencia en términos de delitos de gravedad y una criminalidad menor de carácter continuado.

<sup>9</sup> En adelante *RP*.

<sup>10</sup> Böhm, Alexander, *op.cit.*, pag.70; Leyendecker, *op.cit.*, pag.74; Rivera Beiras, *op.cit.*, pag.193 quién, citando a Jakobs G. señala en este sentido, como elemento característico de la prevención especial negativa, que la influencia que la pena ejerza sobre el infractor de la ley penal debe realizarse de modo que se le impida- por la coerción física-cometer otros hechos delictivos.

sobre el condenado puede ser también “negativa” cuando simplemente se le imponen barreras o impedimentos para la comisión de nuevos delitos, barreras que pueden consistir, entre otras, en encierro, custodia y vigilancia. Así Franz v. Liszt señalaba que la prevención especial se podía llevar a cabo mediante tres formas: a) encerrando al delincuente y así asegurando a la sociedad frente a nuevos delitos, b) intimidando al delincuente, mediante la forma en que se ejecuta la pena y c) mejorando al delincuente para evitar su reincidencia.<sup>11</sup>

Nuestro RP, en una redacción poco feliz que exige un esfuerzo interpretativo, elevó la custodia a la categoría de fin de la ejecución penal, en circunstancias que más bien constituye un medio para la persecución del verdadero fin que es la prevención especial negativa.

Los fines de la pena en su etapa de ejecución constituyen la línea directriz que no sólo determinará la organización y estructura del sistema de ejecución penal (elección y preparación del personal, instalaciones y estructura de los establecimientos penales) sino que fijarán los parámetros para el ejercicio del poder discrecional de la autoridad penitenciaria así como también para la interpretación de la normativa contenida en el reglamento y para el control judicial de las decisiones que se adopten durante la ejecución de la pena. Así, la reinserción social del condenado y la protección de la ciudadanía se contemplan en una serie de disposiciones del RP que van desde la creación de nuevos establecimientos penitenciarios hasta el otorgamiento de permisos de salida.<sup>12</sup>

Al igual que la normativa chilena, la legislación alemana establece también como fin de la ejecución penal la resocialización del condenado. El § 2 de la ley sobre ejecución de penas privativas de libertad y medidas de seguridad y corrección<sup>13</sup> señala que durante la ejecución de la pena privativa de libertad *el condenado debe adquirir la capacidad de llevar en el futuro una vida socialmente responsable sin cometer delitos (finalidad de la ejecución)*. Agrega la disposición que *la ejecución de la pena persigue también la protección de la sociedad frente a otros delitos*.

A diferencia de nuestra legislación, que ha optado por una pluralidad de fines (prevención especial positiva mediante la reinserción social y prevención especial negativa mediante la custodia y vigilancia del condenado), la ley de ejecución penal alemana establece como único fin de la ejecución penal la resocialización del condenado.<sup>14</sup> La protección de la ciudadanía frente a nuevos delitos constituye una simple tarea de la ejecución, pero no un fin. Ello cobra relevancia, como ya se señaló, especialmente en el ejercicio de la potestad discrecional de la autoridad penitenciaria.

La importancia de la resocialización ha sido incluso destacada por el Tribunal Constitucional alemán el que, en una sentencia histórica (“fallo Lebach”) la describe como “el fin sobresaliente de la ejecución de penas privativas de libertad que se deriva constitucionalmente de la autocomprensión de una sociedad

---

<sup>11</sup> Roxin, Claus, *op.cit.*, pag. 45.

<sup>12</sup> Véase los arts.10 letra b); 13 letra c); 24; 59; 71 letra a); 96; 97; 107, etc.

<sup>13</sup> En lo sucesivo *ley de ejecución penal*.

<sup>14</sup> Cfr. *Laubenthal, K.*, *op. cit.*, pag. 69; *Kaiser, G./Schöch, H.*, *Strafvollzug*, 5ª ed., 2003, pag.115; *Feest, J./Lesting, op.cit.*, pag. 15 ; *Böhm, A.*, en *Schwind/Böhm/Jehle* (eds.), *StVollzG*, 4ª ed., 2005, pag. 73; *Arloth, F.*, en *Arloth/Lückemann* (eds.) *Kommentar zum Strafvollzugsgesetz*, 2004, pag.10.

en la cual la dignidad humana se encuentra en el centro de su sistema de valores y que está comprometida con el principio del Estado Social”.<sup>15</sup> Tanto la doctrina como la jurisprudencia alemana le reconocen rango constitucional a la resocialización. Ella se derivaría de dos principios constitucionales: el deber estatal de respetar la dignidad humana y el principio del estado social. Como titular de derechos fundamentales, que emanan de la dignidad humana, el condenado debe tener la oportunidad de reintegrarse a la sociedad una vez cumplida la pena. El Estado, a su vez, “tiene la obligación de proporcionar asistencia y cuidado a aquellos grupos de la sociedad que en razón de sus debilidades o culpa (...) se encuentran limitados en su desarrollo personal y social; a ellos pertenecen también los condenados y excarcelados”.<sup>16</sup>

La tarea de la administración penitenciaria es crear las bases para una resocialización. Para ello deberá fijar un programa de acción orientado, en lo posible, a las necesidades individuales de cada condenado. Nivelación escolar, formación y capacitación laboral, trabajo penitenciario, contacto con el medio externo, actividades recreativas, culturales, deportivas, desarrollo de competencias sociales, manejo de la agresividad, terapias, programas de drogadicción, son algunos de los contenidos que no deben estar ausentes de dichos programas.

Nuestro RP, en su título quinto, se ocupa de las actividades y acciones para la reinserción social. En el párrafo primero, “normas generales”, establece el carácter progresivo del proceso de reinserción social, principio que se tendrá como referente en la elección y ejecución de las actividades y acciones resocializadoras; el carácter individual del tratamiento penitenciario que exige una oferta variada de actividades por parte de la administración; el derecho del condenado a participar en la programación de las actividades y el deber de información de la administración respecto de los programas y acciones disponibles. En el párrafo segundo, como parte de las actividades de reinserción social, establece y regula los permisos de salida.

## **2. Concepto legal y doctrinario de los permisos de salida**

### **2.1. Concepto legal**

A diferencia de la legislación alemana, nuestro RP contiene una definición legal de los permisos de salida. En el artículo 96 del RP se establece que “*los permisos de salida son beneficios que forman parte de las actividades de reinserción social y confieren a quienes se les otorgan gradualmente mayores espacios de libertad*”.

“*Beneficio*”. Para una adecuada comprensión de este calificativo que el RP le otorga a los permisos de salida es necesario precisar que dicho término no debe ser entendido como un premio o recompensa del que se hace merecedor el condenado. Desde la perspectiva de quién se encuentra gozando de un permiso de salida, la “supresión” o “flexibilización” momentánea de la privación de libertad

---

<sup>15</sup> Freimund, B., Vollzugslockerungen-Ausfluss des Resozialisierungsgedankens?, 1990, pag. 5.

<sup>16</sup> Recopilación de fallos del Tribunal constitucional alemán, tomo 35, pag. 236.



por cierto que representa un alivio al régimen totalitario propio de todo establecimiento penal, que puede ser percibido por el condenado y también por la comunidad, como un premio. Pero la finalidad perseguida a través de los permisos de salida es otra,<sup>17</sup> de manera tal que éstos no deben ser percibidos como una ventaja o trato preferente por parte de la administración penitenciaria ante una conducta deseada o libre de objeciones.

*“Forman parte de las actividades de reinserción social”*. Siguiendo con la definición legal, los permisos de salida serían parte integrante de las acciones y actividades que la administración penitenciaria debe ofrecer y promover para lograr la reinserción del condenado. Así, junto al tipo de internación (sistema cerrado, semiabierto y abierto), la forma en que el funcionario penitenciario se relaciona con el condenado (conversaciones, ofertas de ayuda) y otros aspectos tales como el trabajo, la formación profesional, los cursos de perfeccionamiento, las ofertas recreativas, el fortalecimiento de los contactos externos del condenado, la preparación para la salida, las terapias, etc., se encontrarían los permisos de salida. En este sentido cabe señalar que la doctrina alemana es unánime en considerar a los permisos de salida como *medidas de tratamiento* (*“Behandlungsmaßnahmen”*) que posibilitan la resocialización del condenado. Bajo el término “tratamiento” se comprendería el conjunto de medidas y actividades que se realizan con la finalidad de preparar al condenado para el tiempo posterior a la excarcelación, fortaleciendo sus capacidades, aptitudes y voluntad para llevar una vida sin delitos en responsabilidad social, contrarrestar los efectos dañosos de la privación de libertad y ayudarlo a reintegrarse a la vida en libertad.

*“Confieren gradualmente mayores espacios de libertad”*. Los permisos de salida están establecidos según un orden de prelación que dice relación con la extensión (temporal) de la salida. Ello responde al carácter progresivo que el RP le atribuye al proceso de reinserción social. Sin perjuicio de que la recuperación gradual o paulatina de espacios de libertad puede contribuir a un mejor manejo, por parte del condenado, de la carga psicológica que conllevan los permisos de salida por el cambio constante entre la permanencia en el establecimiento penitenciario y la vida en libertad, no es menos cierto que, en el caso concreto, tanto el tratamiento de reinserción social, entendido como la programación de las actividades necesarias para contrarrestar los factores que han influido en la conducta delictiva, así como el mayor o menor grado de peligrosidad del condenado pueden ser indicadores que determinen que, por ejemplo, dos sentenciados requieran, en una misma etapa de cumplimiento de la pena, de espacios de libertad diversos. Por cierto que el artículo 103 RP, bajo la premisa del carácter progresivo del proceso de reinserción social, faculta al jefe del establecimiento a otorgar el permiso de salida por un lapso inferior al máximo permitido. Sin embargo, no contempla la posibilidad inversa, dejando a la autoridad un margen de decisión estrecho que puede perjudicar el proceso de resocialización o, por lo menos, no favorecerlo. La legislación comparada se manifiesta en este aspecto menos rígida al no establecer un orden de prelación

---

<sup>17</sup> Véase al respecto con detalle apartado I, 1.3 “Funciones de los permisos de salida”.

entre los permisos<sup>18</sup> así como tampoco una fijación horaria en los términos del RP.<sup>19</sup>

## 2.2. Concepto doctrinario

Como ya se mencionó, la doctrina alemana es unánime en considerar a los permisos de salida como medidas de tratamiento que posibilitan la resocialización del condenado. Profundizando en el concepto y teniendo presente las funciones que se le atribuyen a los permisos de salida podemos precisar, y así por lo demás lo estima parte de la doctrina alemana,<sup>20</sup> que en estricto sentido, los permisos de salida no constituyen en sí mismo la medida o actividad resocializadora, sino que son el *instrumento* a través del cual la medida se ejecuta *en libertad*. No es el abandono del recinto penitenciario lo que capacita laboralmente al condenado sino que el programa laboral o de perfeccionamiento al cual él acude extramuros; no es la posibilidad de permanecer fuera del establecimiento penitenciario un fin de semana lo que fortalece los lazos íntimos y contrarresta el efecto perjudicial que la privación de libertad provoca en el núcleo familiar, sino que el tiempo que el condenado pase junto a su familia y las actividades que en forma conjunta realicen. Los permisos de salida, por lo tanto, no tienen una finalidad en sí mismos, sino que están al servicio de otras medidas que serán las que posibilitarán que el condenado, una vez en libertad, dirija su vida respetando las normas penales. En este sentido podemos afirmar que los permisos de salida se caracterizan por ser funcionales.

En concreto, los permisos de salida son medidas de tratamiento que importan el abandono del recinto penitenciario, con o sin vigilancia, por un tiempo determinado según sea el tipo de salida, con el objeto que el recluso desarrolle actividades tendientes a su reinserción social.

## 3. Funciones de los permisos de salida

A los permisos de salida se le pueden atribuir las siguientes funciones, todas ellas necesarias y conducentes al fin preventivo especial:

a) *Mantenimiento y reforzamiento de los lazos familiares y contactos sociales del condenado*. Uno de los efectos colaterales negativos de la privación de libertad es la separación que experimenta el condenado de su núcleo familiar y social. Al ingresar al establecimiento penitenciario aquél es separado de su entorno habitual e ingresado a un sistema social nuevo de carácter cerrado. Este aislamiento del condenado, producto de la ruptura de los lazos familiares y sociales, influye

---

<sup>18</sup> Si bien en la práctica penitenciaria - especialmente en el caso de los condenados a cadena perpetua - la flexibilización de la privación de libertad comienza con el permiso de salida más restringido en términos de duración y modalidad de ejecución ("Ausführung": autorización para abandonar el establecimiento penitenciario bajo custodia y por un determinado espacio de tiempo), la ley de ejecución penal no establece la obligatoriedad de comenzar con este permiso de salida.

<sup>19</sup> El RP prevee un máximo de 10 horas para la salida esporádica y 15 horas para la salida dominical y la salida controlada al medio libre (arts.100, 103 y 105 RP).

<sup>20</sup> Cfr. por muchos, *Callies, R.-P./Müller-Dietz, H.*, Kommentar zum Strafvollzugsgesetz, 10ª ed., 2005, pag. 153.

negativamente en el proceso de resocialización.<sup>21</sup> Por su parte, la cárcel no le permite al condenado la formación de nuevos vínculos como los ya existentes y, a su vez, los que se crean, desde la perspectiva de una eventual influencia negativa (“contagio criminal”) no son los más deseables. De ahí la necesidad de mantener y fortalecer estos lazos a lo largo de la ejecución penal.

b) *Ejecución de importantes medidas en las áreas de educación, formación y perfeccionamiento laboral, esparcimiento (actividades recreativas, culturales y deportivas) y otras.* Las actividades y acciones que debe ofrecer y promover la administración penitenciaria pueden llevarse a cabo tanto dentro como fuera del establecimiento penitenciario. Los permisos de salida, como ya se mencionó, posibilitan la ejecución de dichas medidas en “libertad”. La principal ventaja que genera el que el condenado se desenvuelva en un medio real es el fortalecimiento de la autodisciplina y la responsabilidad.

c) *Evitación o disminución de los efectos colaterales perjudiciales de la privación de libertad.* La pena privativa de libertad no sólo conlleva una restricción a la libertad y a otros derechos del condenado<sup>22</sup>, sino que también una serie de efectos colaterales de carácter negativo que perjudican el proceso de reintegración y que, en un sistema orientado hacia la prevención especial positiva, deben ser compensados o limitados.<sup>23</sup> Junto a la ya mencionada ruptura de los lazos familiares, la reclusión en un establecimiento carcelario provoca la pérdida de autonomía y responsabilidad (como consecuencia de una sobrerreglamentación de la vida del condenado); la carencia de espacios privados (dormitorios comunes, visitas vigiladas, control de la correspondencia); la ruptura de las relaciones heterosexuales (separación de hombres y mujeres en recintos o secciones diversas); daños psicológicos<sup>24</sup> y la adopción de una subcultura carcelaria como mecanismo de defensa del condenado frente a las limitaciones de la vida en el penal.<sup>25</sup> Todos estos efectos se ven acentuados en el caso de las penas privativas de larga duración.<sup>26</sup>

d) *Campo de prueba social.* A través de los permisos de salida el condenado tiene la posibilidad de aplicar, bajo condiciones reales de vida, todo lo que hasta ese momento ha aprendido en el establecimiento penitenciario. Con ello surge, a su vez, la posibilidad de evaluar a tiempo las acciones y programas de reinserción, pudiendo la autoridad intervenir en caso de crisis.

---

<sup>21</sup> Una vez en libertad, el condenado deberá reestablecer esos lazos o crear otros nuevos, lo que dificulta su reintegración a la vida en libertad.

<sup>22</sup> Prescindiendo del derecho a la libertad personal y de aquellos expresamente limitados en el RP, la pena privativa de libertad importa la restricción fáctica de una serie de derechos del condenado como son la realización de la vida conyugal y la convivencia con los hijos.

<sup>23</sup> Se trata de efectos y restricciones reflejas de la privación de libertad que en sí no constituyen la sanción y que, por lo mismo, deben ser disminuidas al máximo.

<sup>24</sup> Los tribunales alemanes han establecido, como motivo suficiente para el otorgamiento de un permiso de salida, las alteraciones psicológicas que la privación de libertad genera especialmente en los condenados a cadena perpetua.

<sup>25</sup> Proceso conocido como “prisionización” que consiste en la adaptación del condenado a los valores y normas de la subcultura carcelaria caracterizada principalmente por la distinción de roles y jerarquías entre los internos así como por un lenguaje y códigos de comportamientos propios.

<sup>26</sup> En ellas el factor tiempo y la falta de perspectivas de futuro generan cargas adicionales.

e) *Elemento de juicio para el otorgamiento de la libertad condicional.* El desarrollo satisfactorio de un permiso de salida constituye un elemento de juicio importante para resolver una petición de libertad condicional ya que proporciona antecedentes de cómo el condenado se comporta en el medio libre. Bajo esta perspectiva constituye un elemento de prueba de la confiabilidad del condenado y de su manejo con la libertad (y de cómo resuelve los problemas que el medio libre le plantea).

#### **4. Ubicación en el ordenamiento jurídico**

Los permisos de salida se encuentran establecidos en el artículo 96 y siguientes del RP.<sup>27</sup> Este cuerpo legal regula la ejecución de las penas privativas de libertad, estableciendo los derechos y obligaciones de quienes se encuentren en un establecimiento penitenciario.

La ejecución de la pena constituye la última etapa en el ordenamiento jurídico penal. Una vez que la sentencia se encuentra firme o ejecutoriada y luego de que le ha sido notificada al condenado, se dará a éste orden de ingreso en un establecimiento penal, dándose así inicio a la ejecución de la pena. Los permisos de salida son medidas de tratamiento que sólo se otorgan a quienes se encuentran cumpliendo, en un establecimiento penitenciario, una pena privativa de libertad. Por esta razón no deben confundirse con las medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad contempladas en la Ley N° 18.216.<sup>28</sup> Estos beneficios son otorgados por el poder judicial en el fallo condenatorio e importan el cumplimiento íntegro de la pena privativa de libertad en el medio libre. Por el contrario, los permisos de salida son otorgados por la autoridad administrativa y una vez que el condenado ha comenzado a cumplir la condena en privación de libertad.

Los permisos de salida, a su vez, también deben distinguirse del beneficio de la Libertad Condicional de la pena. Este beneficio, regulado en el D.L. 321 y D.S. 2442 (Reglamento de la ley de libertad condicional) es otorgado por la autoridad administrativa (SEREMI de Justicia de cada región) e importa el cumplimiento de

---

<sup>27</sup> El RP, como manifestación de la potestad normativa del poder ejecutivo, no sólo importa una infracción al principio republicano de separación de poderes, al ser la propia autoridad administrativa que dicta dicho reglamento la encargada de aplicarlo y hacerlo cumplir,<sup>27</sup> sino que muchas de sus disposiciones infringen garantías constitucionales al restringir derechos fundamentales que sólo pueden ser limitados en virtud de una ley. Un ejemplo de ello lo constituyen los artículos 29 inc.3º, 31 y 43 RP que permiten la intervención de las comunicaciones orales o escritas. Esta norma viola claramente la garantía constitucional del art.19 N°5 inc.1º relativa a la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada ya que dispone que las comunicaciones y documentos privados sólo podrán interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley. Fue justamente la limitación de los derechos fundamentales de los reclusos la razón por la cual el Tribunal Constitucional alemán le ordenó al poder legislativo la creación de una ley penitenciaria que regulara todo lo relativo a la ejecución de las penas. Señaló el Tribunal que los derechos sólo pueden ser limitados o restringidos por una ley o en virtud de una ley y que dicha garantía también se extendía a las personas privadas de libertad.

<sup>28</sup> Éstas son la remisión condicional de la pena (arts.3 y ss.), la reclusión nocturna (arts.7 y ss.) y la libertad vigilada (arts. 14 y ss.).

un saldo de la pena en libertad. Ambos institutos, sin embargo, se relacionan entre sí. Los permisos de salida, como ya se señaló, constituyen un importante elemento de juicio al momento de resolver una petición de libertad condicional al mismo tiempo que preparan al condenado para el cumplimiento satisfactorio del mismo.

Los permisos de salida, a su vez, también deben distinguirse del beneficio de la Libertad Condicional de la pena. Este beneficio, regulado en el D.L. N° 321 y D.S. N° 2442<sup>29</sup> es otorgado por la autoridad administrativa (SEREMI de Justicia de cada región) e importa un medio particular de cumplimiento de un saldo de la pena en libertad. La libertad condicional se otorga exclusivamente a aquellos condenados que, cumpliendo una serie de requisitos establecidos en los cuerpos legales ya mencionados, se encuentran corregidos y rehabilitados para la vida social.<sup>30</sup> Esta es la principal característica que diferencia a la libertad condicional de los permisos de salida. Estos últimos, como ya hemos señalado, son medidas de tratamiento dirigidas a satisfacer necesidades de reinserción social; se otorgan a fin de que el condenado, una vez en libertad (ya sea por cumplimiento íntegro de la pena o en virtud de la libertad condicional), sea capaz de dirigir su vida de conformidad con las normas penales. La libertad condicional, por el contrario, supone un condenado resocializado y en virtud de ello es que se le permite cumplir la pena en libertad. El condenado resocializado no representa ya un peligro para la seguridad de la sociedad y es por ello que, a diferencia de los permisos de salida, no está sujeto al requisito de ausencia de peligro de abuso.<sup>31</sup>

Ambos institutos, sin embargo, se relacionan entre sí. Los permisos de salida, como se viera, constituyen un importante elemento de juicio al momento de resolver una petición de libertad condicional (no constituyen, sin embargo, un requisito legal para su concesión), ya que nos dan luces de cómo el condenado se comporta en libertad. Si el condenado hizo un uso satisfactorio de los permisos de salida que le fueron otorgados durante la ejecución de la pena se podrá concluir que ha respondido positivamente a las acciones y actividades de reinserción social y que, por lo tanto, se encuentra resocializado y apto para cumplir el resto de la condena en libertad. Si, por el contrario, registra incumplimiento de obligaciones o suspensiones y revocaciones de permisos de salida es muy probable que con ocasión de la libertad condicional dicho comportamiento se repita, más aún si se tiene presente que en este caso el condenado goza de un mayor espacio de libertad (ello sin perjuicio de la evaluación que requerirá cada caso en particular). Junto con constituir un elemento de juicio para el otorgamiento de la libertad condicional, los permisos de salida importan una preparación del condenado para un cumplimiento satisfactorio del mismo.

El Reglamento penitenciario, como manifestación de la potestad normativa del poder ejecutivo, no sólo importa una infracción al principio republicano de separación de poderes, al ser la propia autoridad administrativa que dicta dicho

---

<sup>29</sup> D.L. N° 321 Ley de Libertad Condicional; D.S. N° 2442 establece el Reglamento de la Ley de Libertad Condicional

<sup>30</sup> Véase art. 1° inc. 2° Ley de Libertad Condicional y art. 2 Reglamento de la Ley de Libertad Condicional.

<sup>31</sup> Véase al respecto Capítulo V “Requisitos de concesión de los permisos de salida”, A.2.1. Ausencia de Peligro de Abuso.

reglamento la encargada de aplicarlo y hacerlo cumplir,<sup>32</sup> sino que muchas de sus disposiciones infringen garantías constitucionales al restringir derechos fundamentales que sólo pueden ser limitados en virtud de una ley. Un ejemplo de ello lo constituyen los artículos 29 inc.3º, 31 y 43 RP que permiten la intervención de las comunicaciones orales o escritas. Esta norma viola claramente la garantía constitucional del art.19 Nº5 inc.1º relativa a la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada ya que dispone que las comunicaciones y documentos privados sólo podrán interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley. Fue justamente la limitación de los derechos fundamentales de los reclusos la razón por la cual el Tribunal Constitucional alemán le ordenó al poder legislativo la creación de una ley penitenciaria que regulara todo lo relativo a la ejecución de las penas. Señaló el Tribunal que los derechos sólo pueden ser limitados o restringidos por una ley o en virtud de una ley y que dicha garantía también se extendía a las personas privadas de libertad.

---

<sup>32</sup> Horvitz Lennon/López Masle, *op.cit.*, pag. 589.

## II. PREVENCIÓN ESPECIAL POSITIVA VERSUS PROTECCIÓN DE LA CIUDADANÍA FRENTE A NUEVOS DELITOS

### 1. Planteamiento del conflicto de intereses

Como se señaló en el apartado anterior, el RP le asigna a la pena una doble finalidad (función preventivo especial positiva y negativa). En cuanto a la función preventiva especial positiva, se persigue que durante la ejecución de la pena el condenado sea capaz de dirigir su vida sin infracciones a las normas penales. Para ello, la administración penitenciaria cuenta con una serie de medidas de tratamiento que se llevarán a cabo tanto al interior como fuera de los establecimientos carcelarios. Pero la administración penitenciaria no sólo debe aspirar a la reinserción social del condenado, sino que también debe dar cumplimiento al fin de protección de la ciudadanía, esto es, evitar durante la ejecución de la pena la comisión de nuevos delitos por quienes se encuentran privados de libertad (prevención especial negativa). Es por ello que las medidas de seguridad que se aplican en los recintos carcelarios se dirigen principalmente a evitar fugas y la eventual afectación de bienes jurídicos protegidos por el derecho penal.

Sin embargo, y no obstante la función de protección consustancial a toda pena privativa de libertad, la cárcel ha experimentado una apertura hacia el exterior, disminuyendo el aislamiento del condenado y los efectos nocivos de la privación de libertad que dificultan y van en desmedro del proceso resocializador. Establecimientos con régimen semiabierto y abierto y los permisos de salida son las manifestaciones más importantes de este proceso.

Es justamente en este proceso de apertura que surge el conflicto de intereses entre la reinserción social del condenado y la seguridad de la sociedad. Mientras la primera hace necesarias una serie de medidas que importan la flexibilización de la privación de libertad y un mayor contacto del condenado con el medio externo, la segunda encuentra su mayor exponente en el encierro perpetuo del condenado.

Los permisos de salida, por su propia naturaleza, llevan implícito este conflicto de intereses al otorgarle al condenado mayores espacios de libertad que le brindan la oportunidad de sustraerse a la ejecución de la pena o abusar de la medida. El RP recoge este conflicto al establecer en sus artículos 96 y 109 la ausencia de peligro de fuga y de abuso de la medida como requisitos para el otorgamiento de un permiso de salida.<sup>33</sup>

¿Cómo resolver este conflicto de intereses procurando la resocialización del condenado y la seguridad de la sociedad?

No ha habido por parte de nuestra doctrina ni jurisprudencia un mayor desarrollo dogmático al respecto. Ello envuelve el peligro de que emociones y problemas coyunturales, en especial la creciente y constante demanda por una mayor seguridad ciudadana, influyan en la toma de decisión de la autoridad administrativa en desmedro de una solución racional del conflicto al mismo tiempo

---

<sup>33</sup> Estos requisitos también se contemplan en la legislación alemana.

que afecta la seguridad jurídica al aumentar la posibilidad de decisiones diversas frente a situaciones iguales.

Partiendo de la base que nuestra legislación de ejecución penal le asigna a la pena privativa de libertad la misma función preventivo especial que la legislación alemana, considerando que el conflicto de intereses (resocialización-seguridad ciudadana) surge con el otorgamiento de cualquier permiso de salida, independiente del lugar donde éstos se desarrollen, y teniendo presente los intentos de la doctrina y jurisprudencia alemana por concretizar normativamente la materia, no se ven inconvenientes para apoyarse en la fuerza argumentativa de esta doctrina con el fin de contribuir a una solución del problema en el ámbito nacional.

## 2. Un criterio de solución: el riesgo responsable

La categorización de la reinserción social como uno de los fines de la ejecución penal le otorga prioridad a todos aquellos esfuerzos destinados a la posterior integración del condenado a la sociedad. Es por ello que las medidas de tratamiento destinadas a que el condenado dirija su vida en forma socialmente responsable, sin cometer nuevos delitos y en las cuales éste toma contacto personal con el medio externo exigen necesariamente la aceptación de riesgos.<sup>34</sup> Pero los riesgos que se asumen no pueden ser ilimitados. La tarea de protección de la ciudadanía actúa restringiendo el espectro de las medidas resocializadoras a aquellas que conllevan un *riesgo responsable*.<sup>35</sup> La ponderación de las ventajas y desventajas de los permisos de salida (avances en la reinserción social – peligro para la seguridad de la sociedad) exige el examen de cada caso en particular. El jefe del establecimiento penitenciario, al decidir sobre el otorgamiento de un permiso de salida, deberá examinar una serie de antecedentes pasados y presentes que le permitirán emitir un juicio acerca del comportamiento futuro del condenado. La autoridad examinará la vida pasada del condenado, la gravedad del delito cometido, en qué contexto se cometió, si es o no reincidente, cuál ha sido su conducta en el establecimiento, bajo qué condiciones se llevará a cabo el permiso de salida, etc. y pronosticará el comportamiento del condenado en términos de si éste hará uso del permiso en forma satisfactoria o se sustraerá a la ejecución de la pena o abusará de la medida.

La autoridad penitenciaria, sin embargo, no puede pronosticar con absoluta seguridad el comportamiento del condenado ya que no existe método científico alguno que permita saber con exactitud, en base a observaciones pasadas y presentes, qué hará un individuo en el futuro. Por lo tanto, el legislador, en conocimiento de esta realidad y bajo el aspecto de una mejor resocialización acepta un cierto riesgo.<sup>36</sup> ¿Cuál es el grado de riesgo aceptable o justificable? Ni la legislación alemana ni la nuestra lo señalan. En su determinación, sin embargo,

---

<sup>34</sup> *Lesting*, en Feest, (ed.), AK StVollzG, 5ª ed., 2006, pag. 95.; *Kaiser, G./Schöch, H., op. cit.*, pag.127, 203; *Feest, J./Lesting, op. cit.*, pag.17.

<sup>35</sup> Este concepto, desarrollado por la doctrina alemana - y que en su original se denomina „vertretbare“ o „verantwortbare Risiken“ - también puede traducirse como *riesgo justificable*.

<sup>36</sup> Cfr. por muchos *Laubenthal, K., op. cit.*, pag.255 y ss.



juegan un rol fundamental la entidad del bien jurídico que en caso de un abuso de la medida podría verse afectado y el nivel de probabilidad de que ello ocurra. El riesgo aceptado debe ser inversamente proporcional a la gravedad de un eventual abuso. No es lo mismo, en términos de seguridad ciudadana, un delito de injurias que uno de daños o lesiones. En el primer caso se asumirá un riesgo mayor.

El riesgo inherente a un permiso de salida puede restringirse mediante órdenes y condiciones que el jefe del establecimiento le imponga al condenado durante la ejecución de la medida<sup>37</sup> y a través de un sistema de concesión gradual en el cual se comience con el otorgamiento de permisos más restringidos en términos de libertades entregadas (permisos con vigilancia). De esta manera se evita confrontar al condenado a riesgos que él aún no está en condiciones de enfrentar exitosamente; además de contar con una base para el cálculo de los riesgos que se asumirán en la próxima salida. En la medida que el beneficiario haga uso del permiso de salida en forma satisfactoria se podrán asumir, en los permisos posteriores, mayores riesgos.

En un intento por establecer pautas de actuación que auxilien a la autoridad penitenciaria al momento de tomar la decisión sobre el otorgamiento de un permiso de salida, parte de la doctrina alemana ha esbozado criterios normativos que permitan guiar estas decisiones. En concreto, ha sido *Wolfgang Frisch* quien, criticando la casuística que opera en este ámbito, ha propuesto algunas directrices doctrinarias que permitan fundamentar razonablemente y, a su vez homogeneizar, las decisiones administrativas.<sup>38</sup> Así, plantea las siguientes consideraciones generales favorables al otorgamiento de un permiso de salida:

a) Debe procederse al otorgamiento de la medida respecto de aquellos condenados en que la ejecución de la pena obedece únicamente a consideraciones preventivo generales, como es el caso de delitos cometidos por primera vez como consecuencia del encuentro desafortunado de debilidades personales y situaciones determinadas.<sup>39</sup> En estos casos, en que la probabilidad de un nuevo ataque a los bienes jurídicos es casi inexistente, el permiso de salida debería siempre otorgarse, salvo que la calificación de la peligrosidad del autor haya experimentado cambios durante la ejecución de la pena.<sup>40</sup>

b) En la misma situación se encuentran aquellos condenados que hayan hecho uso satisfactorio de un permiso anterior. El desenvolvimiento del condenado en términos de cumplimiento de las órdenes y condiciones impuestas por la autoridad constituye un importante antecedente para pronosticar un comportamiento similar en un permiso posterior.<sup>41</sup>

c) Finalmente, como un criterio general que debe informar toda decisión en la materia, se sostiene que en aquellos casos en que la ejecución de la pena efectivamente no permita eliminar o reducir la peligrosidad del condenado y sólo constituya un medio de seguridad momentánea, debe considerarse el

---

<sup>37</sup> *Kaiser/Schöch, op. cit.*, pag.163.

<sup>38</sup> Véase *Frisch, W.*, "Dogmatische Grundfragen der bedingten Entlassung und der Lockerungen des Vollzugs von Strafen und Maßregeln", *ZStW* 102 (1990), *passim*.

<sup>39</sup> Así se cita el ejemplo de la persona que afectada por un contexto de violencia intrafamiliar da muerte al agresor.

<sup>40</sup> Cfr. *Frisch, W.*, *op. cit.*, pag. 760.

<sup>41</sup> Cfr. *Frisch, W.*, *op. cit.*, pag. 762.

otorgamiento de la medida. La gran mayoría de las penas privativas de libertad que se ejecutan en los establecimientos penales son de carácter temporal. Así el condenado, en algún momento, recuperará su libertad. Si durante el tiempo de ejecución se opta por la seguridad de la ciudadanía en desmedro de la reinserción social del condenado, lo que se estará haciendo es trasladar el riesgo hacia el futuro en beneficio de una seguridad transitoria. Sólo en la medida en que la permanencia del condenado en el establecimiento carcelario asegure efectivamente la disminución o eliminación del riesgo, ya sea por ejemplo por la aplicación de un tratamiento psicológico o terapéutico o por tratarse de una pena de cadena perpetua, no debería procederse al otorgamiento del permiso de salida ya que éste supondría la adopción de riesgos injustificados.

Estos casos, sin embargo, son excepcionales. La regla general es que la peligrosidad no desaparezca ni disminuya con el tiempo de ejecución que al condenado aún le queda por cumplir. Por el contrario, la permanencia de éste en el establecimiento penal aumenta el peligro de distanciamiento con la realidad y refuerza su peligrosidad. El problema no se resuelve, simplemente se pospone, trasladando el conflicto a un momento en el cual el Estado pierde toda legitimación para ejercer un control sobre el ciudadano, como lo es el momento en el que el condenado sale en libertad por haber dado cumplimiento íntegro a la pena impuesta.

En definitiva, la adopción de riesgos justificados, esto es, aquellos necesarios para la reinserción social del condenado y sólo en la medida que sean indispensables para ello, permite conciliar el conflicto de intereses que surge entre la resocialización del condenado y la seguridad de la sociedad. En conclusión *Frisch* plantea que, desde la perspectiva de la adopción de un *riesgo responsable*, no debe olvidarse que la excarcelación de un condenado no preparado es la peor y más irresponsable de las decisiones porque confronta al individuo con una libertad que le abre mayores posibilidades de abuso.<sup>42</sup>

---

<sup>42</sup> Cfr. respecto de este tercer criterio, *Frisch, W., op. cit.*, pags. 757 y ss.

### III. LOS PERMISOS DE SALIDA EN PARTICULAR

El artículo 96 del RP enumera en forma *taxativa* los permisos de salida. Con excepción de la “salida esporádica”, los permisos de salida se contemplan dentro de la última fase de la ejecución penal, esto es, la fase de preparación para la excarcelación. En atención a los plazos establecidos en el RP para cada permiso, éstos pueden ser otorgados, en el mejor de los casos, a partir de los doce meses anteriores a una probable excarcelación (libertad condicional).

La legislación alemana, por el contrario, enumera los permisos de salida en forma enunciativa, autorizando al jefe del establecimiento a otorgar otros permisos que los señalados en el parágrafo respectivo o a efectuar combinaciones de los allí mencionados. La diferencia más significativa con la normativa nacional radica, sin embargo, en que la regulación de los permisos de salida no se efectúa únicamente en función de la preparación a la excarcelación, como en el caso chileno, sino que se contemplan, en general, para cualquier momento de la ejecución penal. En teoría, un condenado podría obtener un permiso de salida al día siguiente al de su ingreso en el establecimiento penitenciario, ya que la ley alemana no fija plazos de cumplimiento mínimo para su postulación<sup>43</sup>. Por cierto que dentro de las medidas de preparación para la excarcelación se contempla la flexibilización de la privación de libertad, ya sea a través del traslado del condenado a un establecimiento de régimen abierto<sup>44</sup> o mediante el otorgamiento de permisos de salida<sup>45</sup>, pero éstos son concebidos para toda la ejecución de la pena, poniéndose énfasis en la necesidad de su pronto otorgamiento para así llevar a cabo de manera eficiente y adecuada las acciones y programas de reinserción social.

**1. Salida Esporádica.** Regulada en los artículos 100 a 102 RP, la salida esporádica consiste en la autorización para abandonar el recinto penitenciario, bajo vigilancia, por un plazo máximo de 10 horas. El RP reconoce tres tipos de salida esporádica según el motivo que le sirve de fundamento.

1.1. El artículo 100 RP autoriza al condenado a visitar a sus parientes próximos o a las personas íntimamente ligadas con ellos en caso de enfermedad, accidente grave o muerte o cuando éstos se encuentren afectados por otros hechos de semejante naturaleza, importancia o trascendencia en la vida familiar. La autorización se concede por un período máximo de 10 horas. Se trata de hechos o circunstancias trascendentales en la vida de todo individuo. Los hechos mencionados son a modo de ejemplo y delimitan el espectro que queda cubierto por la norma. Así, el entierro de un pariente cercano, el nacimiento, bautizo o

---

<sup>43</sup> Salvo para el otorgamiento del permiso de salida establecido en el §13 de la Ley de ejecución penal que exige como mínimo 6 meses de cumplimiento de la pena.

<sup>44</sup> Establecimientos con ninguna o reducidas medidas de seguridad para evitar fugas. Se caracterizan por la falta de vigilancia constante y directa sobre el condenado y la renuncia a medidas de aseguramiento físico.

<sup>45</sup> En esta etapa de la ejecución penal la facultad discrecional del jefe del establecimiento se ve reducida, en el sentido de que los permisos “deben” (“soll”) ser otorgados y no sólo “pueden” (“kann”) ser otorgados, como sucede en los permisos de salida en general

matrimonio de un hijo, la amenaza de divorcio por parte del cónyuge o pareja son hechos que pueden considerarse de naturaleza o trascendencia semejante en la vida familiar.

Dado el carácter imprevisto de los acontecimientos que motivan el permiso así como su importancia, el RP no exige para su otorgamiento informe favorable del Consejo Técnico. El condenado que solicita la salida deberá siempre acreditar el hecho que fundamenta su petición. El jefe del establecimiento, por su parte, deberá pronunciarse sobre la medida teniendo en cuenta los antecedentes relativos a la conducta y confiabilidad del condenado. Queda a discreción del jefe del establecimiento la adopción de las medidas de seguridad que el caso requiera. Éstas, sin embargo, deberán ser estrictamente necesarias y en su determinación no sólo deberá darse aplicación al principio de proporcionalidad<sup>46</sup> sino que en lo posible deberá evitarse cualquier menoscabo en la dignidad del condenado.

1.2. El jefe del establecimiento podrá también autorizar la salida esporádica para la realización de diligencias urgentes que requieran de la comparecencia personal del condenado. En este caso la autorización se extenderá por el tiempo estrictamente necesario para llevar a cabo la diligencia, no pudiendo exceder de 6 horas. Aquí quedan comprendidos todos aquellos asuntos de carácter legal y comercial que no pueden ser resueltos mediante una correspondencia escrita o de otra forma que no sea mediante la comparecencia personal del condenado. Como en el caso anterior y dada la premura de la diligencia, no se exige informe favorable del Consejo Técnico.

1.3. Por último, el reglamento contempla la salida esporádica como premio o estímulo especial para aquellos condenados que habiendo cumplido un tercio de su pena privativa de libertad hayan sido propuestos por el Consejo Técnico. La autorización se podrá otorgar sólo una vez al año, por un máximo de 10 horas y bajo vigilancia de un funcionario penitenciario. El RP, sin embargo, no hace referencia al fundamento de este trato preferente. Probablemente diga relación con el mantenimiento de una conducta libre de reparos y apegada al reglamento. Es en este permiso de salida donde nuestra legislación se aparta en mayor medida de la legislación alemana. La ley de ejecución penal alemana no contempla la posibilidad de otorgar un permiso de salida como premio o estímulo. La doctrina alemana ha sido unánime en señalar que los permisos de salida son medidas de tratamiento y no ventajas o premios por buen comportamiento.

La salida esporádica, independiente del motivo que la fundamente, se otorgará preferentemente en horario diurno, sin que se encuentre prohibido, sin embargo, su concesión en horario nocturno.

El equivalente a la salida esporádica en la legislación alemana lo constituye la autorización para abandonar el establecimiento penitenciario, con vigilancia, por un determinado tiempo (“Ausführung”). La autorización es más amplia que la que contempla nuestra legislación tanto en cuanto a la extensión de la salida (ésta no puede extenderse más allá de 24 horas) como en relación a los motivos que le sirven de fundamento (no sólo asuntos familiares, comerciales o legales sino que también la participación en actividades de formación y perfeccionamiento

---

<sup>46</sup> El artículo 6 RP recoge el principio de proporcionalidad al establecer que ningún interno será objeto de un rigor innecesario en la aplicación de las normas del presente reglamento.

educacional y laboral, tratamientos médicos ambulatorios, reparaciones urgentes de la vivienda, asistencia a actos culturales y deportivos, preparación para el otorgamiento de permisos de salida sin vigilancia e incluso para contrarrestar el stress que genera la privación de libertad<sup>47)</sup>

**2. Salida Dominical.** Autorización para abandonar el establecimiento penitenciario los días domingos, sin vigilancia, por un período máximo de 15 horas. Con este permiso de salida comienza la etapa de preparación para la excarcelación. El condenado puede solicitar el permiso a partir de los doce meses anteriores al día en que cumpla el tiempo mínimo para optar a la libertad condicional.

El reglamento no establece el motivo por el cual se otorga el permiso, pero por sus características se desprende que persigue fortalecer el contacto del condenado con su entorno familiar y personal así como probar la confiabilidad de éste y su desenvolvimiento en libertad.

En la legislación alemana también se contempla la posibilidad de que el condenado pueda permanecer, por un tiempo determinado (no superior a 24 horas), fuera del establecimiento penal sin vigilancia (“Ausgang”). Sin embargo, las finalidades perseguidas con este tipo de salida son diversas y la autorización tampoco se limita a un día en específico. A través de este permiso se faculta al condenado para diligenciar asuntos personales, participar en actividades culturales, recreativas, deportivas, políticas, religiosas, etc. y prepararse para el otorgamiento de permisos de salida más amplios.

**3. Salida de fin de semana.** Consiste en la autorización para abandonar el establecimiento penitenciario, sin vigilancia, desde las dieciocho horas del día viernes hasta las veintidós horas del día domingo. Este permiso podrá otorgarse a aquellos condenados que durante tres meses continuos hayan dado cumplimiento íntegro a las obligaciones que impone la salida dominical. La imposición de este requisito se traduce en el establecimiento de un sistema de concesión gradual en el que sólo el cumplimiento satisfactorio de un permiso de salida permite el otorgamiento del siguiente. Al igual que la salida dominical, lo que se persigue a través de este permiso es fortalecer los lazos familiares del condenado.

La legislación alemana, por su parte, establece que el jefe del establecimiento podrá autorizar la salida por hasta 21 días en un año<sup>48</sup> de aquellos condenados que hayan cumplido en el establecimiento penitenciario por lo menos 6 meses de ejecución<sup>49</sup> (“Urlaub”<sup>50</sup>). Este permiso de salida es el más amplio en términos de la libertad que se le otorga al condenado. Es él quien determina cómo se desarrollará la salida. Al igual que en la legislación nacional, el objetivo de este tipo de salida es mantener el contacto del condenado con el resto

---

<sup>47</sup> Lesting, *po.cit.*, pag.85. Ullenbruch, *op.cit.*, pag.189.

<sup>48</sup> No año calendario, sino que año de ejecución de la pena

<sup>49</sup> En el caso de los condenados a cadena perpetua la ley establece un plazo mínimo de ejecución de 10 años, a menos que el condenado haya sido trasladado al sistema de régimen abierto.

<sup>50</sup> La traducción literal del término “Urlaub” es vacaciones. Ya que éste término puede llevar a equívocos, entendiéndose como el descanso legal a que tiene derecho todo trabajador, se ha preferido la traducción como “permiso de salida”

de la sociedad, especialmente con sus familiares y de esta manera fortalecer su posterior reinserción<sup>51</sup>.

**4. Salida Controlada al medio libre.** Autorización para abandonar el establecimiento penitenciario, sin vigilancia, durante la semana por un período no superior a quince horas diarias. Este permiso de salida podrá solicitarse a partir de los 6 meses anteriores al día en que se cumpla el tiempo mínimo para optar a la libertad condicional. El permiso se otorgará por los días y la extensión horaria necesarios para el cumplimiento del objetivo de la salida.

A diferencia de los permisos anteriores aquí el RP sí establece los objetivos o finalidades de la salida: capacitación laboral y/o educacional; asistencia a instituciones de rehabilitación social u orientación personal; desempeño de alguna actividad laboral. La asistencia a dichas instituciones así como el beneficio que ello le reporte al condenado deberá ser acreditado por éste con la periodicidad que fije el jefe del establecimiento.

La ley de ejecución penal alemana también contempla la posibilidad de abandonar el recinto penitenciario a fin de ejercer en forma regular y sin vigilancia una actividad u ocupación ("Freigang"). Los motivos que justifican el otorgamiento de este permiso de salida son, sin embargo, más amplios que los previstos por la normativa nacional. Bajo el concepto de "ocupación" se comprende no sólo el desempeño de una actividad laboral (tanto trabajo dependiente como independiente, así como también el ejercicio libre de la profesión), sino que también la participación en programas culturales y deportivos. Lo determinante en la legislación alemana es que la actividad se lleve a cabo en forma regular, esto es, no esporádicamente, aún cuando no tenga lugar todos los días de la semana.

El RP establece que podrá otorgarse la salida de fin de semana a aquellos condenados a los cuales se les haya autorizado a salir todos los días de la semana, es decir, el condenado podrá gozar de 2 permisos de salida en forma simultánea. La legislación alemana también regula esta posibilidad y la doctrina ha señalado que con ello se persigue liberar al condenado de las tensiones y la carga psicológica inherentes a este permiso y con ello disminuir las posibilidades de abuso de la medida ya que el condenado debe sobreponerse diariamente a la tentación de evadir la ejecución de la pena y regresar puntualmente al establecimiento penitenciario.<sup>52</sup>

En definitiva podemos concluir que los permisos de salida establecidos en el RP corresponden a los recogidos en la legislación comparada. Sin embargo, nuestra legislación se aprecia insuficiente no sólo en cuanto restringe el otorgamiento de los permisos de salida a la etapa de preparación para la excarcelación sino que también en cuanto a la limitación de los motivos que sirven de fundamento a la medida, en especial en lo referente a la posibilidad de realizar

---

<sup>51</sup> La ley de ejecución penal alemana reconoce otros 3 tipos de "Urlaub": por motivos especiales; como preparación para la excarcelación y para aquellos condenados que regularmente ejecutan una actividad fuera del establecimiento penitenciario.

<sup>52</sup> Begemann, H. "Freigängerurlaub (§15 IV StVollzG) ohne Freigang?" en NSTZ 1991, pag. 517 y ss.

una actividad laboral fuera del establecimiento penal, actividad destacada por su alto poder resocializador.

#### **IV. AUTORIDAD COMPETENTE Y NATURALEZA DE LA DECISION QUE OTORGA O NIEGA UN PERMISO DE SALIDA**

##### **1. Autoridad competente**

En razón del contacto y la cercanía que el jefe del establecimiento penitenciario<sup>53</sup> y los integrantes del Consejo Técnico<sup>54</sup> mantienen diariamente con los condenados y de los conocimientos técnicos que poseen, son ellos quienes mejor pueden evaluar el cumplimiento de los requisitos necesarios para el otorgamiento de un permiso de salida. Es por ello que el art. 98 del RP establece que la concesión, suspensión o revocación de los permisos de salida es una facultad privativa del jefe del establecimiento. La concesión del permiso, a su vez, requiere de informe favorable del C.T.

Al ser una facultad exclusiva o privativa del jefe del establecimiento no admite delegación en funcionario alguno.

En la legislación alemana, por el contrario, no se señala expresamente quién está facultado para otorgar un permiso de salida. Sin embargo, en base al principio de competencia plena o universal establecido en el §156 de la ley de ejecución de penas, el jefe del establecimiento penitenciario es competente para adoptar decisiones en todas las áreas y, por lo tanto, se encuentra facultado para decidir sobre un permiso de salida. A diferencia de la legislación nacional, el otorgamiento de un permiso de salida es una materia que puede ser delegada en otro funcionario penitenciario. Salvo ciertas excepciones<sup>55</sup>, la decisión la adopta únicamente el jefe del establecimiento. Sin perjuicio de ello, en el caso que éste considere que la decisión sobre un permiso de salida, dada las características del caso en particular, reviste mayor importancia, podrá llamar a una conferencia a la cual asistirán todos aquellos que tienen una participación determinante en los programas de reinserción social.

##### **2. Naturaleza de la decisión**

Como se señaló en el capítulo II, la autoridad penitenciaria, al momento de resolver sobre un permiso de salida, deberá investigar y evaluar todas aquellas circunstancias pasadas y presentes que, en el caso concreto, se pronuncien a favor o en contra del otorgamiento de la medida. Junto con examinar el cumplimiento de los requisitos formales deberá entonces determinar si existe un peligro de fuga o de abuso.

---

<sup>53</sup> El jefe del establecimiento en los Centros de Cumplimiento Penitenciario (recintos destinados al cumplimiento de las penas privativas de libertad, C.P.P.) se denominan "Alcaides".

<sup>54</sup> En lo sucesivo C.T. El C.T. es un organismo colegiado presidido por el jefe del establecimiento e integrado por diversos funcionarios penitenciarios y profesionales a cargo de las actividades de reinserción social cuya función principal es la de actuar como ente articulador de las acciones de tratamiento de la población penal (para un mayor detalle véase arts. 118 y s.)

<sup>55</sup> En el caso del otorgamiento de permisos de salida a internos condenados a cadena perpetua se exige la realización de una conferencia.



Los conceptos “peligro de fuga” y “abuso de la medida” (el RP habla respectivamente de “quebrantamiento de condena” y “continuar la actividad delictiva”) son conceptos jurídicos indeterminados. Con el fin de concretizar estos elementos, es decir, poder determinar cuándo se está en presencia de un peligro de fuga o de abuso de la medida, el RP establece una serie de circunstancias que auxilian a la autoridad en esta tarea. Así, la disposición del condenado de cooperar en la resocialización, su conciencia del delito y del mal causado, su disposición al cambio, la conducta que ha tenido durante el cumplimiento de la condena, el número de delitos que se le imputan, la existencia de procesos pendientes<sup>56</sup> son, entre otros, elementos que permitirán descartar o afirmar, en el caso concreto, un peligro de fuga o de abuso.

La apreciación de estas circunstancias objetivas y subjetivas será la base del juicio de probabilidades que emitirá la autoridad y que se refiere a un suceso que tiene lugar en el futuro, cual es, si el condenado, con oportunidad del permiso de salida, quebrantará su condena o cometerá nuevos delitos. Como ya se señalara, todo juicio sobre un comportamiento futuro encierra un riesgo que no es posible eliminar, ya que no existe método científico alguno que permita pronosticar lo que un sujeto hará en el futuro con un cien por ciento de seguridad. Es por ello que la evaluación y apreciación que efectúe la autoridad debe ser lo más completa y acuciosa posible de tal manera de poder determinar, con la mayor exactitud, cuál es la probabilidad de un peligro de fuga o de abuso. El RP, como ya se mencionó, le señala a la autoridad diversas circunstancias que según la experiencia afirman o descartan tales peligros, pero al mismo tiempo lo faculta para considerar *cualquier otro elemento relativo a la confiabilidad del condenado*<sup>57</sup>. Ello por cuanto el examen que se realiza es referido a cada caso en particular. Las circunstancias que en un caso concreto pueden afirmar un peligro de fuga pueden no ser determinantes respecto de otro condenado y viceversa. Pero los factores que influyen en el comportamiento de un sujeto no sólo pueden tener distinto valor, sino que además son muchos y muy diversos. La normativa no puede recoger y evaluar cada uno de estos elementos. Es por ello que se le otorga a la autoridad, al momento de decidir sobre un permiso de salida, un cierto margen de libertad. La autoridad goza, entonces, de un *poder o facultad discrecional*. Por consiguiente, el cumplimiento de los requisitos formales no da derecho al otorgamiento del permiso, sino que éste depende de la apreciación que se efectúe de las circunstancias del caso. El condenado, por lo tanto, sólo tiene derecho a que la autoridad ejerza su discrecionalidad con apego a la normativa vigente, de tal manera que la decisión se mantenga dentro de los límites de la facultad concedida y no se transforme en una decisión arbitraria.

En el ejercicio de esta facultad discrecional la autoridad penitenciaria no está sujeta a una decisión determinada<sup>58</sup>, sino que por el contrario, puede adoptar diversas decisiones, todas ellas ajustadas a derecho. Incluso podría, habiéndose

---

<sup>56</sup> Véase capítulo V.2, “requisitos de concesión”

<sup>57</sup> Véase art.109 RP.

<sup>58</sup> Salvo cuando su poder discrecional se reduce a cero, véase capítulo V, “requisitos de concesión”.

descartado un peligro de fuga o de abuso, denegar un permiso de salida si el otorgamiento de éste no contribuye a la reinserción social del condenado.<sup>59</sup>

La decisión sobre un permiso de salida en la legislación alemana es también una decisión de carácter discrecional. La autoridad penitenciaria goza de un margen de libertad para determinar si en el caso concreto concurre o no un peligro de fuga o de abuso de la medida y si ésta contribuye a alcanzar el fin de la ejecución penal: la resocialización del condenado.

---

<sup>59</sup> Veáse art.96 RP.

## V. REQUISITOS PARA LA CONCESION DE LOS PERMISOS DE SALIDA

### 1. Requisitos generales

El RP efectúa un tratamiento muy poco sistemático en esta materia. De un análisis de la normativa se puede concluir que es necesario distinguir entre requisitos de postulación y requisitos de concesión.

Para una adecuada comprensión de la materia es necesario previamente señalar que la ley de ejecución de penas alemana contempla sólo 3 requisitos para el otorgamiento de un permiso de salida, a saber, consentimiento del interesado y ausencia de peligro de fuga y abuso de la medida.<sup>60</sup> La autoridad administrativa, con el objeto de facilitar la aplicación práctica de la ley, ha dictado una serie de disposiciones de carácter administrativo (“Verwaltungsvorschriften”)<sup>61</sup> que fijan criterios para la interpretación de conceptos jurídicos indeterminados y para el ejercicio de las facultades discrecionales de la autoridad penitenciaria. Estas disposiciones, que sólo vinculan a la autoridad administrativa y no a la judicial, se establecen para cada parágrafo en particular. En el caso de los permisos de salida las D.A. contienen tanto criterios de interpretación como de ejercicio de la facultad discrecional de la autoridad y en ellos se agrupan casos en los cuales normalmente se concentra un alto grado de peligro de fuga o de abuso de la medida. Si bien las D.A. constituyen una ayuda importante en la aplicación de la ley, la doctrina y la jurisprudencia han hecho hincapié en que la autoridad administrativa debe siempre examinar el caso concreto y no puede realizar una aplicación esquemática de la ley negando un permiso de salida por el sólo hecho de encontrarse el condenado en alguno de los supuestos administrativos. Gran parte de los requisitos establecidos en el RP son recogidos en las D.A.

#### 1.1. Requisitos formales de postulación

El cumplimiento de los requisitos de postulación, como su nombre lo indica, sólo le dan derecho al condenado a solicitar o postular al beneficio. Su concesión, sin embargo, dependerá del cumplimiento y evaluación que el jefe del establecimiento efectúe respecto del segundo tipo de requisitos.

1.1.1. *Consentimiento del condenado.* A pesar de que el RP no hace mención expresa a este requisito, él se desprende de una serie de disposiciones que se refieren a la “postulación” y “solicitud” del permiso por parte del

---

<sup>60</sup> §11 ley de ejecución de penas

<sup>61</sup> En lo sucesivo D.A. A pesar de ser Alemania una república federal, la regulación de la ejecución de las penas privativas de libertad y de las medidas de seguridad y corrección se ha efectuado mediante una ley única (StVollzG) que rige para todos los estados federados. Sin embargo, la ejecución de la ley es una cuestión que le atañe a cada estado federado, mediante sus propias autoridades, las que están facultadas para dictar disposiciones administrativas propias. Con el objeto de lograr una aplicación de la ley más o menos uniforme, la administración de justicia de los estados (Landesjustizverwaltungen) acordaron la dictación de disposiciones administrativas generales aplicables a todos los estados federados (VVStVollzG). Es a estas disposiciones a las que se hará mención en el texto.

condenado.<sup>62</sup> A través del consentimiento se pone en ejercicio el derecho del condenado a autodeterminarse<sup>63</sup>, al mismo tiempo que se respeta su dignidad humana, especialmente en aquellos casos en que el condenado será vigilado o custodiado por un funcionario penitenciario y por ende puede ser reconocido en el medio libre como “prisionero” y como tal estigmatizado.

La legislación alemana, por su parte, establece expresamente el consentimiento del interesado como requisito para postular a un permiso de salida.

1.1.2. *Cumplimiento de los plazos establecidos para la postulación.* Como ya señaláramos, los permisos de salida están contemplados en el RP para la fase de preparación a la excarcelación. Es por ello que el condenado, para solicitar un permiso, deberá encontrarse en una etapa determinada de la ejecución penal, la que dependerá del permiso en cuestión y que dice relación con el tiempo mínimo para postular al beneficio de la libertad condicional:

a) Salida dominical. Puede solicitarse a partir del año anterior al día en que se cumpla el tiempo mínimo para optar a la libertad condicional<sup>64</sup>, es decir, un condenado podrá postular a este permiso de salida una vez que haya cumplido, por lo menos, la mitad de su condena.

b) Salida de fin de semana. Podrá solicitarse a partir de los nueve meses anteriores al día en que se cumpla el tiempo mínimo para optar a la libertad condicional.

c) Salida controlada al medio libre. El condenado podrá solicitar este permiso a partir de los seis meses anteriores al día en que se cumpla el tiempo mínimo para optar a la libertad condicional.

En el caso de las salidas esporádicas, con excepción de aquella establecida como premio o recompensa, en la cual el condenado debe haber cumplido un tercio de la pena privativa de libertad, el RP no establece plazo alguno de cumplimiento de la condena para postular a dichos permisos. Ello obedece al carácter imprevisto del motivo que le sirve de fundamento, que puede tener lugar en cualquier momento de la ejecución penal.

La ley de ejecución de penas alemana no establece plazo alguno de cumplimiento de la pena para poder solicitar un permiso de salida, salvo el caso del §13<sup>65</sup> inc. 2º y 3º que exigen un plazo mínimo de cumplimiento de la pena de 6 meses y 10 años para el caso de los condenados a cadena perpetua. Por su parte, la D.A. N°5 del §11 recoge esta misma exigencia para el otorgamiento de permisos de salida sin vigilancia (“Ausgang” y “Freigang”). La doctrina y jurisprudencia han criticado esta D.A. señalando que establece una limitación ilícita ya que la ley de ejecución de penas no ha contemplado tal requisito.<sup>66</sup>

1.1.3. *Cumplimiento íntegro de las obligaciones del permiso anterior.* El art.96 inc.2º del RP establece que “sólo el cumplimiento satisfactorio de las obligaciones que impone el uso provechoso del (permiso) que se concede,

---

<sup>62</sup> Véase arts. 96 inc.2º, 103, 104, 105, 111, 113 inc.3º y 4º y 115 del RP.

<sup>63</sup> Laubenthal, *op.cit.*, pag.255; Lesting, *op.cit.*, pag.90.

<sup>64</sup> Véase art.4 N°1 Reglamento de la Ley de Libertad condicional.

<sup>65</sup> El permiso de salida contemplado en este párrafo consiste en la autorización para abandonar el establecimiento penitenciario por hasta 21 días en un año (“Urlaub”).

<sup>66</sup> Ullenbruch, *op.cit.*, pag.209; Lesting, *op.cit.*, pag.100; Laubenthal, *op.cit.*, pag.257.

*permitirá postular al siguiente*“. El RP autoriza al jefe del establecimiento para imponer obligaciones a los condenados que hagan uso de un permiso de salida.

El cumplimiento de las obligaciones impuestas no es sólo requisito para solicitar un nuevo permiso de salida, sino que también condición para su otorgamiento y duración. Este requisito es recogido nuevamente en el art.104 del RP el que establece que sólo podrán solicitar salida de fin de semana aquellos condenados que durante tres meses *hayan dado cumplimiento cabal a la totalidad de las obligaciones que impone el beneficio de salida dominical*.

La legislación alemana no contempla este requisito.

## 1.2. Requisitos de concesión

La concesión de un permiso de salida, como se viera en el capítulo anterior, es una facultad discrecional del jefe del establecimiento. El cumplimiento de los requisitos formales, por consiguiente, no da derecho al condenado a la concesión del permiso sino que únicamente al ejercicio ajustado a derecho de este poder discrecional.

Los requisitos de concesión son los siguientes:

- Ausencia de peligro de abuso
- Ausencia de peligro de fuga
- Cumplimiento íntegro de las obligaciones del permiso anterior
- Informe favorable del C.T.
- Necesidades de reinserción social del condenado

1.2.1. *Ausencia de peligro de abuso.* Los permisos de salida sólo se otorgarán cuando pueda presumirse que el condenado respetará las normas que regulan el beneficio y *no continuará su actividad delictiva*.<sup>67</sup> Para descartar un peligro de abuso el RP hace especial mención a dos circunstancias: la disposición del condenado de participar y cooperar en el proceso de reinserción social y los avances efectivos que aquél haya demostrado en este proceso.

a) *Disposición de participación.* El art.110 establece que para el otorgamiento de un permiso de salida sólo serán considerados los internos que hayan asistido regularmente y con provecho a la escuela del establecimiento (letra b) y que hayan participado en forma regular y constante en las actividades programadas por la unidad, sean estas culturales, recreativas o de capacitación (letra c)<sup>68</sup>. El jefe del establecimiento deberá, entonces, evaluar la participación del condenado en dichas actividades, para lo cual tendrá presente las circunstancias personales del interno y las características y recursos del establecimiento.<sup>69</sup>

De esta manera el RP establece, de modo indirecto, la obligación del interno de participar activamente en el proceso de reinserción social. Su negativa, sin embargo, no le reportará consecuencias disciplinarias (como así tampoco la circunstancia de rehusarse a participar en la programación de dichas actividades<sup>70</sup>) pero limitará las posibilidades de obtención del permiso de salida.

En la legislación alemana, la D.A. N°7 (1) del §11 establece que el jefe del establecimiento penitenciario, al decidir sobre un permiso de salida, deberá considerar si el condenado ha demostrado, a través de su comportamiento en el penal,<sup>71</sup> la disposición de cooperar en el tratamiento penitenciario. Parte de la doctrina considera este requisito una limitación ilícita al poder discrecional de la autoridad ya que el legislador expresamente no contempla la obligación del

---

<sup>67</sup> Art.96 inc. final RP.

<sup>68</sup> Estos requisitos no se aplican en el caso de las salidas esporádicas.

<sup>69</sup> Arts. 96 y 110 inc.final RP.

<sup>70</sup> Véase art.94 RP.

<sup>71</sup> Esta exigencia no se refiere a un cambio interno del condenado en los términos descritos más adelante en el numeral 2.1.b

condenado de participar en las actividades de reinserción social y, por lo tanto, su falta de cooperación no puede ser sancionada disciplinariamente ni en forma indirecta a través del no otorgamiento de un permiso de salida.<sup>72</sup> Otros autores, sin embargo, lo consideran un criterio que en forma legítima concretiza la facultad discrecional de la autoridad, ya que se trataría de una estrategia diferenciada para motivar al condenado a participar en el tratamiento de reinserción social.<sup>73</sup>

b) *Avances efectivos en el proceso de reinserción social.* Para la obtención de un permiso de salida el condenado no sólo deberá participar en las actividades de reinserción social sino que, además, deberá demostrar que responde efectiva y positivamente a los programas de tratamiento. El RP hace aquí referencia a un proceso interno del condenado. Se espera que éste reflexione acerca de su actuar, tomando conciencia del delito que cometió, del mal con él causado (incorporando el sufrimiento ocasionado a la víctima) y demuestre una disposición al cambio. El proceso por el cual el condenado “acepta internamente la sanción impuesta como una compensación justa de su culpa, examina su comportamiento delictivo, se purifica y a través de una expiación de este tipo recupera su integridad humana y social representa un acto moral autónomo, voluntario del sujeto, que no se puede imponer forzosamente”.<sup>74</sup> Es por ello que a la administración penitenciaria, como autoridad a cargo de la resocialización, sólo le compete fomentar el desarrollo de este proceso en los condenados.

Al condicionar el RP el otorgamiento de un permiso de salida a esta transformación interna, está considerándola requisito necesario para una efectiva resocialización. Claramente un cambio interno del condenado en este sentido es deseable y meritorio y representa un importante aporte al posible éxito del proceso de reinserción social, pero no debe olvidarse que así como múltiples son las causas que originan un comportamiento delictivo, múltiples son también las que motivan un actuar ajustado a derecho. Es por ello que la falta de este proceso interno no es un obstáculo para que el condenado, luego del cumplimiento de la pena, dirija su vida sin cometer nuevos delitos.<sup>75</sup> Por lo tanto, no podría justificarse la denegación de un permiso de salida únicamente porque el condenado no ha tomado conciencia del delito y del mal causado con su conducta. Incluso la negación del hecho delictivo no puede, por sí sola, fundamentar un peligro de abuso.<sup>76</sup>

Por otra parte, cabe hacer presente que mediante este requisito se le está exigiendo al condenado una rectitud moral que el Estado no le exige a los demás ciudadanos.

---

<sup>72</sup> Lesting, *op.cit.*, pag.97, Ullenbruch, *op.cit.* pag. 207.

<sup>73</sup> Kaiser/Schöch, *op.cit.*, pag.153, Arloth/Lückemann, *op.cit.*, pag.73.

<sup>74</sup> Roxin, *op.cit.*, pag.44. En este mismo sentido Laubenthal, *op.cit.*, pag.89, Bemmann, “Im Vollzug der Freiheitsstrafe soll der Gefangene fähig werden, künftig in sozialer Verantwortung ein Leben ohne Straftaten zu führen” in StV 12/1988, pag.549 ss. En la literatura alemana este proceso recibe el nombre de “Schuldverarbeitung”

<sup>75</sup> Por lo demás, el condenado arrepentido, que se enfrenta activa y positivamente con el hecho cometido responde a un estereotipo que raras veces se da. En tal sentido Laubenthal, *op.cit.*, pag.89, Bemmann, *op.cit.*, pag.551.

<sup>76</sup> Así se recoge en el Fallo OLG Celle 2000 en StV 10/2000.

Por último es necesario señalar que la imposición de este requisito resulta, por lo menos, contradictoria con la naturaleza misma de los permisos de salida, que justamente se otorgan para lograr la reinserción social del condenado y no porque éste se encuentre resocializado o en vías de estarlo.

El art.97 RP establece que el profesional respectivo deberá emitir un informe psicológico que dé cuenta de los avances del condenado en materia de reinserción social.

Por su parte, ni la ley de ejecución de penas alemana ni las D.A. pertinentes exigen, para la obtención de un permiso de salida, que el condenado demuestre avances efectivos en el tratamiento penitenciario.

El RP, junto a los criterios ya analizados, establece otros elementos que el jefe del establecimiento deberá considerar y evaluar al momento de pronunciarse sobre una solicitud de permiso de salida, los que le permitirán determinar si en el caso concreto concurre o no un peligro de abuso y/o de fuga.

c) La autoridad administrativa deberá examinar el contexto bajo el cual se desarrollará el permiso. Para ello el RP establece que deberá emitirse un informe social referente a los recursos de apoyo y asistencia con los que cuenta el condenado en el medio libre (redes sociales, apoyo familiar, etc.).

Si bien la legislación alemana no exige la emisión de un informe social que dé cuenta de las circunstancias bajo las cuales tendrá lugar el permiso de salida, la doctrina y la jurisprudencia lo estiman uno de los elementos que el jefe del establecimiento debe siempre considerar al momento de decidir sobre un permiso de salida.<sup>77</sup>

d) Otro de los elementos que el RP establece como criterio para evaluar un peligro de abuso y/o de fuga es la conducta que el condenado ha mantenido en el recinto penitenciario. El art.110 letra a) señala que sólo serán considerados los condenados cuya conducta haya sido calificada como “muy buena” durante los tres bimestres anteriores a la postulación.<sup>78</sup>

El Tribunal de conducta, órgano multidisciplinario existente en todo establecimiento penitenciario, es el encargado de evaluar, cada dos meses, la conducta de los internos condenados (la evaluación constará en el Libro de Vida de condenados privados de libertad).

Si bien la conducta juega un rol fundamental en el mantenimiento del orden interno del establecimiento, permitiendo con ello el funcionamiento normal y adecuado del recinto y la realización de los fines previstos para la ejecución penal, no se aprecia, por otra parte, una relación directa entre buen comportamiento y uso satisfactorio de un permiso de salida. Lo primero dice relación con el cumplimiento de la reglamentación interna, esto es, el no incurrir en conductas que constituyan una falta disciplinaria. Lo segundo, en cambio, hace referencia a la capacidad (e intención) de sobrellevar las cargas y dificultades del medio libre, sin cometer nuevos delitos o darse a la fuga. Por lo tanto, si bien un buen comportamiento en el penal podría indicar que el condenado acatará las

---

<sup>77</sup> Laubenthal, *op.cit.*, pag.259, Callies/Müller-Dietz, *op.cit.*, pag.168, Fallo OLG Karlsruhe en ZfStrVo 1983, pag.181; Fallo OLG Frankfurt 2003 en NStZ-RR 2004, pag.94, Fallo OLG Celle en NStZ 1990, pag.378, OLG Nürnberg en NStZ 1998, pag.215.

<sup>78</sup> Este requisito no se aplica en el caso de las salidas esporádicas.



obligaciones y órdenes que se le impongan durante el goce del permiso de salida, disminuyendo con ello el peligro de abuso, la ausencia de este requisito no permite, por sí sólo, presumir que el condenado aprovechará el permiso de salida para cometer nuevos delitos.

La exigencia de este requisito encierra un doble peligro: por un lado, instrumentaliza los permisos de salida como medio disciplinario al establecer que sólo aquellos condenados que tengan una muy buena conducta podrán postular a ellos.<sup>79</sup> De esta manera desvirtúa su naturaleza como instrumentos de tratamiento para la reinserción social, otorgándole el carácter de premio o recompensa a una conducta intachable.<sup>80</sup> Por otro lado, conlleva el riesgo de que el condenado mantenga un comportamiento libre de reparos y objeciones, apegado al reglamento, pero aparente y no real con la finalidad de poder acceder a un permiso de salida.

Sin perjuicio de lo anterior, y ya que la normativa contempla este requisito es importante señalar, y así por lo demás se recoge en el RP, que debe examinarse la conducta que el condenado ha tenido durante toda la ejecución penal y no únicamente en los seis últimos meses para efectos de descartar justamente una adaptación aparente o ficticia al régimen de orden del establecimiento.

La legislación alemana, por su parte, sólo hace referencia a la conducta del condenado, en cuanto manifestación de su disposición a participar en el proceso de reinserción social. La doctrina y la jurisprudencia, por su parte, han señalado que la autoridad administrativa al momento de ejercer su facultad discrecional deberá considerar, entre otros elementos, la conducta que el condenado haya tenido durante la ejecución, pero no condiciona el otorgamiento del permiso a una determinada calificación de aquella. Agregan que una conducta libre de reparos tiene, en la práctica, un significado escaso en términos de un buen pronóstico en el uso del permiso de salida.<sup>81</sup>

1.2.2. *Ausencia de peligro de fuga.* Para descartar un peligro de fuga el RP establece, en su art.109, que el jefe del establecimiento deberá considerar todas aquellas circunstancias relativas a la confiabilidad del condenado, es decir, todos aquellos elementos que permitan presumir que el condenado, con ocasión del permiso de salida, no quebrantará su condena. Como criterios de ayuda la normativa señala una serie de elementos que deberán ser evaluados por la autoridad administrativa, los que serían indiciarios de un peligro de fuga.

a) Gravedad de la pena, número de delitos cometidos y naturaleza de los mismos. La gravedad de la pena, expresada en la duración de la pena privativa de libertad, sería un indicador de una mayor o menor probabilidad de fuga dependiendo de la pena que le restare al condenado por cumplir. En cuanto a la naturaleza de los delitos cometidos se trataría más bien de un criterio relativo al riesgo de abuso de la medida, ya que indicaría qué tipo de hecho punible podría

---

<sup>79</sup> La utilización de los permisos de salida como medios disciplinarios se manifiesta claramente en el art.81 RP el que, en su letra h), establece como sanción disciplinaria la revocación del permiso de salida.

<sup>80</sup> Cfr., Ullebruch, *op.cit.*, pag.208.

<sup>81</sup> Böhm, en StVollzG, pag.96

cometer nuevamente el condenado con ocasión de un permiso de salida y con ello cuál sería el bien jurídico que se pondría en riesgo. En el caso de delitos graves, que atentan contra la vida y la integridad física, la libertad sexual, etc. el riesgo que la autoridad puede asumir con el otorgamiento de la medida debe ser menor, en términos de probabilidades de que el hecho ocurra, que en el caso de delitos que atenta contra otros bienes jurídicos de menor entidad.

b) Procesos y condenas pendientes. La existencia de procesos pendientes en virtud de los cuales el interno pueda ser nuevamente condenado a una pena privativa de libertad y de condenas cuyo cumplimiento se encontrare pendiente, al igual que en el caso anterior, aumentarían las probabilidades de fuga ya que las perspectivas futuras del condenado, esto es, el mayor tiempo que el condenado debiera estar privado de libertad, serían un estímulo para que éste, con ocasión del permiso, no regresara al penal.

Las D.A. N°7 (2) letra d) del §11 y N°4 (2) letras a) y e) del §13 de la ley de ejecución de penas alemana establecen que serían no aptos para un permiso de salida aquellos condenados con procesos pendientes o que deban cumplir aún privados de libertad más de 18 meses, por existir en estos casos un mayor peligro de fuga.

Esta relación “a mayor duración de privación de libertad, mayor peligro de fuga” ha sido criticada por la doctrina alemana (y por varios fallos) por tratarse de una máxima no comprobada en la práctica. Señalan que la simple suposición de un peligro de fuga bajo indicación de una larga condena por cumplir requiere siempre la concretización en el caso particular, en el cual otras circunstancias como la personalidad del condenado, el tipo de delito cometido, su comportamiento en la cárcel y las condiciones bajo las cuales se desarrollará el permiso cobran importancia.<sup>82</sup>

La normativa alemana (a través de D.A.) hace mención a otros elementos que el jefe del establecimiento no debiera pasar por alto al momento de resolver un permiso de salida ya que se referirían a casos típicos de peligro de fuga o de abuso. Estos elementos son: la existencia de una orden de expulsión, la fuga durante la ejecución de la pena o durante un permiso de salida, el intento de fuga, la existencia de indicios reales suficientes respecto a la comisión de un delito durante un permiso de salida, la presencia de una adicción importante.

Todos estos elementos debiesen ser considerados por la autoridad nacional al otorgar o denegar un permiso de salida ya que sólo mediante una evaluación completa de las circunstancias del caso particular la autoridad estará ejerciendo, conforme a derecho, su facultad discrecional.

1.2.3. *Cumplimiento íntegro de las obligaciones del permiso anterior.* Como ya se viera en el punto 1.3 “requisitos formales de postulación”, el acatamiento de las órdenes impuestas por el jefe del establecimiento durante el goce de un permiso de salida constituye también un elemento que aquél evaluará al momento

---

<sup>82</sup> Ullenbruch, *op.cit.*, pag.201 y s. y pag.227, Lesting, *op.cit.*, pag.93, pag.469 y ss., Laubenthal, *op.cit.*, pag.260, Fallo OLG Frankfurt 1982 en StV 11/1983, OLG Koblenz 1998, BVerfG 1998 en NSTZ 1999, pag.444.

de conceder un nuevo permiso.<sup>83</sup> El uso satisfactorio de un permiso de salida representa un elemento de juicio a favor del otorgamiento de uno nuevo ya que constituye una prueba de la capacidad y voluntad del condenado de acatar las instrucciones de la autoridad, disminuyendo con ello el riesgo inherente a la medida ya que las órdenes e instrucciones que se imparten persiguen, justamente, alejar al condenado de las fuentes de peligro.<sup>84</sup> También le permite a la autoridad presumir que en el nuevo permiso el condenado se comportará de igual manera.

1.2.4. *Informe favorable del C.T.* La participación de este organismo en la concesión de un permiso de salida se desprende de su naturaleza como *ente articulador de las acciones de tratamiento de la población penal*.<sup>85</sup> Sus funciones se concentran principalmente en la formulación de programas y acciones de reinserción social y en la selección y capacitación del personal encargado de llevarlos a cabo. No debe olvidarse que los permisos de salida posibilitan la realización de dichas acciones y actividades en el medio libre y, por lo tanto, constituyen importantes medidas de tratamiento.

La intervención de este organismo multidisciplinario mejora la calidad de las decisiones que se adopten ya que incorpora tanto el conocimiento como la información de cada uno de sus integrantes, contribuyendo a su vez a la armonización del trabajo del personal penitenciario.

El C.T., al pronunciarse sobre una solicitud de permiso de salida, deberá evaluar, al igual que el jefe del establecimiento, todos aquellos elementos que afirman o descartan un peligro de fuga y/o de abuso de la medida. Deberá especialmente analizar aquellas circunstancias relativas a la confiabilidad del condenado<sup>86</sup> y en base a ellas pronunciarse, en sesión secreta, a favor o en contra de la postulación del condenado. Si el C.T. se pronuncia positivamente, el jefe del establecimiento podrá autorizar o denegar el permiso. Si, por el contrario, informa desfavorablemente, el jefe del establecimiento deberá negar la solicitud. En este caso el poder discrecional de la autoridad administrativa queda reducido a cero.

Como ya se señalara en el capítulo IV, es únicamente el jefe del establecimiento el que, en la legislación alemana, está autorizado para otorgar o denegar un permiso de salida. Sin perjuicio de ello, en casos calificados podrá llamar a una conferencia a fin discutir el caso y de esta manera preparar mejor su decisión.

1.2.5. *Necesidades de reinserción social.* Este requisito es una importante directriz para el ejercicio del poder discrecional de la autoridad administrativa y dice directa relación con el fin de la ejecución penal. Como se señaló en el capítulo I, la ejecución de la pena persigue dos fines: la resocialización del condenado y la seguridad de la sociedad.

---

<sup>83</sup> Véase art.99 inc.1º RP.

<sup>84</sup> Véase capítulo VI "Obligaciones del beneficiario, Suspensión y Revocación del beneficio".

<sup>85</sup> Véase art.119 inc.1º RP.

<sup>86</sup> Véase art.109 RP

Luego de descartar un peligro de fuga y/o de abuso de la medida (y de esta forma dar protección a la ciudadanía frente a nuevos delitos), el jefe del establecimiento deberá determinar si la concesión del permiso satisface o no las necesidades de reinserción social del condenado, es decir, si mediante el otorgamiento de la salida se llevará a cabo una actividad que contribuirá a que aquél, una vez excarcelado, dirija su vida respetando las normas penales. Si la medida no responde al fin resocializador o si éste se puede lograr dentro del establecimiento penal, la autoridad deberá denegar la solicitud.

Los fines que el RP le atribuye al cumplimiento de la pena privativa de libertad no sólo representan criterios para el ejercicio del poder discrecional de la autoridad, sino que además excluyen, en las decisiones de ésta, consideraciones de cualquier otra índole que no sean preventivos especiales. Por lo tanto, el jefe del establecimiento no podría denegar un permiso de salida aduciendo aspectos de prevención general.

La legislación alemana no contempla expresamente las necesidades de reinserción social como requisito para el otorgamiento de un permiso de salida. Sin embargo, al establecer el §2 de la ley de ejecución a la resocialización como único fin del cumplimiento de la pena, las necesidades de reinserción social del condenado serán determinantes en la decisión de la autoridad. Se ha discutido mucho por la doctrina si a pesar del claro tenor del §2 otros fines de la pena (retribución y gravedad de la culpa, aspectos de prevención general y defensa del ordenamiento jurídico) pueden tener cabida en el ejercicio del poder discrecional de la autoridad. La discusión surgió a raíz de una práctica penitenciaria en virtud de la cual autoridades administrativas y judiciales rechazaron peticiones de permisos de salida ("Urlaub") respecto de condenados a cadena perpetua por crímenes cometidos durante el régimen nacionalsocialista. En todos los casos se daban los supuestos para el otorgamiento del permiso y únicamente en razón de la gravedad de la culpa (dada por el tipo de delito cometido y la pena asignada) éstos fueron denegados. Luego esta práctica se extendió a otros condenados a cadena perpetua, a condenados a penas privativas de libertad temporales y finalmente a la ejecución de penas en el marco del derecho penal juvenil.<sup>87</sup>

Al respecto la doctrina mayoritaria ha señalado que en las decisiones de la autoridad administrativa no hay cabida para los otros fines de la pena ya que el legislador en el §2 habría regulado esta materia de manera concluyente al establecer como única finalidad de la ejecución penal la resocialización del condenado.<sup>88</sup> Otros autores estiman que, sin negar la primacía de la resocialización, la autoridad administrativa, al considerar otros fines de la pena (y no únicamente aspectos de prevención especial positiva) ejerce su poder discrecional conforme a derecho. Especialmente en el caso de medidas con efectos externos (entre las cuales se encontrarían los permisos de salida) que tocan la esencia de la privación de libertad ya que neutralizan (aufheben), por lo menos parcialmente, los efectos de ésta, aparece legítimo considerar, al momento de decidir sobre estas medidas, los criterios que se tuvieron en cuenta al momento

---

<sup>87</sup> Mitsch, "Tatschuld im Strafvollzug", 1990, pag.23, Laubenthal, *op.cit.*, pag.84 y ss.

<sup>88</sup> Lesting, *op.cit.*, pag.98, Laubenthal, *op.cit.*, pag. 261, Mitsch, *op.cit.*, pag.214., Callies/Müller-Dietz, *op.cit.*, pag.45

de aplicar la pena privativa de libertad. Agregan que así también se evitaría un quiebre entre los principios que rigen la amenaza penal, la aplicación de la pena y la ejecución de la pena. Por último señalan, como prueba de que el §2 no excluiría la aplicación de otros fines, que la pena también se ejecuta respecto de condenados que no necesitan ser resocializados o que no son resocializables<sup>89</sup> y ellos también serían destinatarios de los permisos de salida.<sup>90</sup>

En definitiva podemos concluir que los requisitos establecidos en el RP coinciden con los de la normativa comparada. Si bien la ley de ejecución de penas sólo hace mención al consentimiento del condenado y la falta de un peligro de fuga y/o de abuso de la medida, sus D.A., que sí vinculan a la autoridad administrativa, recogen los diversos elementos establecidos en el RP como indiciarios de tales peligros. Donde nuestro RP, sin embargo, no coincide con la normativa alemana, es respecto de la exigencia de un “procesamiento de la culpa” como condición y prueba del éxito del proceso de reinserción social. Por último, se advierte también una diferencia en cuanto al tratamiento de la conducta del condenado como requisito para el otorgamiento de un permiso de salida. Mientras la jurisprudencia alemana ha señalado que es uno más de los elementos que comprenden una evaluación completa y acertada del caso particular, en nuestra normativa juega, en general, un rol muy importante.<sup>91</sup>

## 2. Requisitos en caso de quebrantamiento y/o comisión de un nuevo delito

**2.1. Quebrantamiento de condena.** El art.111 RP establece que los condenados que hayan quebrantado o que voluntariamente hayan dejado de cumplir su pena privativa de libertad, deberán cumplir un tercio del saldo insoluto de la pena quebrantada para efectos de poder postular *nuevamente* a un permiso de salida, cualquiera sea el plazo que les falte para cumplir el tiempo mínimo de postulación a la libertad condicional.

La redacción de la norma es poco feliz en cuanto no queda claro si el condenado, al momento de quebrantar su condena, debe encontrarse o no gozando de un permiso de salida. Según el tenor literal de la disposición, ésta se aplicaría a ambos supuestos, ya que si se hubiese querido restringir la norma a quienes gozan de un permiso de salida así se habría señalado, tal como lo establece el art.113 RP que sólo se aplica a quienes cometen un nuevo delito haciendo uso de un permiso de salida. Sin embargo, una interpretación sistemática de la norma nos lleva a la conclusión inversa ya que esta disposición se ubica en el párrafo 3 “Reglas comunes a los permisos de salida” el que a su

---

<sup>89</sup> En estos casos la pena sólo podría tener por finalidad la prevención general y/o la retribución de la culpa.

<sup>90</sup> Arloth, “Aufgaben des Strafvollzugs – Ein Beitrag zum Einfluss der Strafzwecke auf den Strafvollzug”, en ZfStrVo 6/1990, Pg.329 y ss. En igual sentido Dietl, “Sollen Strafzwecke wie Schuldausgleich, Sühne, Verteidigung der Rechtsordnung in den Strafvollzug hineinwirken?”, en “Zehn Jahre Strafvollzugsgesetz”, Schwind/Steinhilper/Böhm (edits). 1988, pag.55 y ss.

<sup>91</sup> Véanse al respecto arts. 26, 29, 33 letra b), 78 letra b), 79 letra b), 80 letra f), 110 letra a) RP; art. 2 N°2 D.L. 321 Ley de libertad condicional y arts.2 y 4 N°2 D.S. 2442 Reglamento de libertad condicional

vez corresponde al Título Quinto “De las actividades y acciones para la reinserción social”. De ello se deduce que el quebrantamiento de condena a que hace referencia el art.111 es necesariamente durante el goce de un permiso de salida. Esta interpretación se ve reforzada por los artículos siguientes, 112 y 113 que se refieren, respectivamente, a la suspensión o revocación del beneficio respecto del condenado que lo quebrante y de aquel que, gozando de un permiso de salida, cometa un nuevo delito.

A esta misma conclusión se arriba mediante una interpretación teleológica de la norma. En efecto, al establecer el art.111 el cumplimiento de un tercio del saldo insoluto de la pena quebrantada como requisito para postular *nuevamente* a un permiso de salida, no puede hacer referencia a la solicitud de un nuevo permiso por parte de un condenado que con anterioridad, en algún momento de la ejecución penal, ha hecho ya uso de alguna salida en forma satisfactoria, ya que no estaría acorde con el fin de reinserción social perjudicar, mediante la imposición de un requisito adicional, justamente a quién ha mostrado avances en su proceso de reinserción social. Por lo tanto, la locución “nuevamente” que emplea el art.111 hace referencia al quebrantamiento de condena *durante un permiso de salida*.

La imposición de este requisito importa el establecimiento de un plazo de suspensión o espera que sólo encuentra justificación en la medida en que la ejecución del saldo insoluto de la pena quebrantada permita disminuir la peligrosidad del condenado en términos de un nuevo abuso de la medida. De no ser así, tendría simplemente un carácter sancionatorio.

En concordancia con el principio de inocencia que rige en el proceso penal, el inc.2º del art.111 establece la posibilidad de que el jefe del establecimiento otorgue un nuevo permiso mientras no se haya dictado sentencia en el juicio por quebrantamiento, sin el transcurso del plazo de suspensión.

**2.2. Comisión de un nuevo delito.** Aquellos condenados que con ocasión de un permiso de salida cometan un nuevo delito, no podrán postular a nuevos permisos durante el tiempo que les reste de condena. Conservan, sin embargo, su derecho a postular a nuevos permisos, pero sólo respecto de la condena que se les imponga por el nuevo delito cometido y luego de cumplir, efectivamente privados de libertad, el saldo de la condena que estaban cumpliendo al revocárseles el permiso.

El RP, junto con privar al condenado del derecho a postular a nuevos permisos durante la primera condena, impone un requisito adicional para la postulación de beneficios respecto de la segunda condena, el que se traduce, al igual que en el caso anterior, en un plazo de suspensión o espera.

La privación del derecho a postular a nuevos permisos (respecto de la primera condena) no se condice con la finalidad de la pena establecida en el art.1 RP ya que con ello se priva al condenado de importantes medidas de tratamiento orientadas a la reinserción social. El otorgamiento o denegación de un permiso de salida debe examinarse siempre bajo las condiciones existentes al momento de efectuarse la petición (y será justamente aquí cuando se tendrá en cuenta el abuso de la medida), pero no pueden establecerse cláusulas generales que priven a determinados condenados de estas medidas bajo el supuesto de un mayor peligro de abuso.

Sin perjuicio de lo anterior, el inc.4º del art.113 establece que la libertad por falta de méritos, la revocación de la resolución que somete a proceso, los sobreseimientos temporal y definitivo y la sentencia absolutoria que se dicten respecto del condenado restituirán a éste su derecho a postular a nuevos permisos de salida. Con excepción de los sobreseimientos y la sentencia absolutoria, se deberá adaptar la norma a los cambios introducidos por el nuevo proceso penal. Por lo tanto, en lugar de la resolución que otorga la libertad por falta de méritos y la que revoca el auto de procesamiento, cobran relevancia las resoluciones mediante las cuales el juez de garantía y el tribunal oral en lo penal se pronuncien respecto de la existencia del delito y la participación del sujeto.

Por su parte, la legislación alemana no establece requisitos adicionales respecto de aquellos condenados que hayan abusado de un permiso concedido. Si bien las D.A., como ya se viera, hacen referencia a la fuga y a la existencia de indicios suficientes respecto a la comisión de un nuevo delito durante el uso de un permiso de salida, ellas representan circunstancias que el jefe del establecimiento deberá considerar al momento de decidir sobre una nueva petición de salida, pero en ningún caso importan restricciones o limitaciones *a priori* del derecho del condenado a estas medidas.

## **VI. OBLIGACIONES DEL BENEFICIARIO, SUSPENSION Y REVOCACION DEL PERMISO DE SALIDA**

### **1. Obligaciones del beneficiario**

El jefe del establecimiento, antes de hacerse efectivo un permiso de salida, determinará e informará al condenado de las obligaciones que éste deberá cumplir durante la salida.<sup>92</sup>

Se trata de órdenes relativas al comportamiento del condenado que persiguen disminuir las fuentes de peligro de fuga y de abuso de la medida con la finalidad de que el condenado haga un uso satisfactorio de la salida y con ello se logre el objetivo de reinserción social (mediante estas órdenes se le advierte al condenado de los posibles focos de conflicto o de peligro).

El RP en el art.99 inc.4º señala, sólo a modo de ejemplo, cuál puede ser el contenido de éstas órdenes, de tal manera que queda bajo la discrecionalidad de la autoridad determinar, en el caso concreto, si es necesario impartirlas y en qué consistirán. Sin perjuicio de ello, las órdenes deberán ser necesarias, proporcionales y estar dirigidas a evitar o disminuir las fuentes de peligro asociadas al permiso.

Las órdenes que se impartan pueden estar referidas a instrucciones relativas a la estancia o permanencia en determinados lugares, a la obligación de reportarse a una autoridad o persona, a la prohibición de tomar contacto con determinadas personas (por ej. la víctima del delito) o con quienes puedan incitarlo a la comisión de nuevos delitos (por.ej. otros partícipes del delito por el cual se encuentra condenado), a la prohibición de poseer o utilizar determinados objetos que pueden ofrecerle la oportunidad de cometer nuevos delitos (por.ej. armas, drogas), la prohibición de consumir alcohol o sustancias estupefacientes, etc.

El RP no señala el medio por el cual se darán a conocer estas obligaciones, de tal manera que ellas pueden ser comunicadas verbalmente o por escrito. La comunicación podrá ser individual o colectiva.

La legislación alemana, por su parte, también le otorga a la autoridad un poder discrecional para impartir órdenes y determinar su contenido.<sup>93</sup> Las D.A. del §14, que regula esta materia, señalan a modo de ejemplo qué instrucciones pueden ser impartidas por la autoridad las que, sin embargo, estarán determinadas por las circunstancias del caso particular.

### **2. Suspensión y revocación del beneficio**

La suspensión y revocación de un permiso de salida se encuentra regulada en diversas disposiciones del RP. Sistematizando la materia podemos señalar que tres son las causales que dan lugar a la supresión de estas medidas.

---

<sup>92</sup> Véase art.99 inc.4º RP.

<sup>93</sup> §14 (1) ley de ejecución de penas.



**2.1. Modificación de las circunstancias que dieron origen a la concesión del permiso.** El R.P establece, en su art.99 inc.3º, que el jefe del establecimiento deberá suspender o revocar el permiso de salida si las circunstancias que dieron origen a su concesión se modifican de manera tal que ya no resulte aconsejable que el condenado continúe gozando de él.

Mediante esta causal se establece la posibilidad de que la autoridad reaccione frente a un cambio de los requisitos que permitieron la concesión del permiso, de modo que si éstos hubiesen tenido lugar al momento de examinarse la solicitud del permiso, éste no se hubiese otorgado.

La modificación o el cambio en las circunstancias que motivaron la concesión del permiso debe tener lugar con posterioridad a su otorgamiento. Circunstancias que ya existían al momento de concederse la medida, pero que no eran de conocimiento de la autoridad o que conociéndolas, no fueron incluidas en el examen del caso, no quedan cubiertas por esta causal. Tampoco quedaría cubierto el simple cambio en la apreciación jurídica de las circunstancias que existían al momento de otorgarse la medida y que se han mantenido invariables.

El cambio de circunstancias no se circunscribe a la persona o conducta del condenado. Así, si en el caso de una salida esporádica el pariente enfermo experimenta una notable mejoría o las diligencias a que hace mención el art.101 ya no requieren de la comparecencia personal del condenado, la autoridad deberá revocar el permiso. La falta de personal que lleve a cabo la tarea de vigilancia en el caso de las salidas esporádicas también podría justificar la suspensión o revocación de ésta (sin embargo, en este caso es indispensable evaluar los intereses que se verían afectados).

**2.2. Abuso de la medida.** Esta causal hace referencia a la comisión de un nuevo delito y al quebrantamiento de la condena mediante la fuga del condenado durante o con ocasión de un permiso de salida.<sup>94</sup>

La comisión de un nuevo delito no admite la suspensión del permiso. Este deberá siempre revocarse con lo cual se restringe la facultad discrecional del jefe del establecimiento. Esta restricción no se condice con los distintos grados de convicción respecto de la participación de un individuo en la comisión de un hecho punible, los que van desde un juicio de probabilidad, en grado de sospecha, pasando por presunciones fundadas hasta la certeza de que al sujeto le ha cabido participación en el hecho ni con el principio de inocencia que rige en el proceso penal. Es por ello que la simple sospecha acerca de la comisión de un nuevo delito, durante un permiso de salida, debiera importar la suspensión del mismo mientras se esclarece su situación procesal y no su revocación.

Por otra parte, si un condenado que goza de un permiso de salida comete un nuevo delito dentro del establecimiento penitenciario, no procedería la revocación del mismo ya que esta hipótesis no queda cubierta por el art.113 inc.1º RP ni tampoco constituye una falta disciplinaria de aquellas que pueden ser sancionadas de esta manera.<sup>95</sup>

---

<sup>94</sup> Véanse arts.112 y 113 inc.1º RP.

<sup>95</sup> Véase art.78 letra m) en relación con el art.81 inc.final RP.

En cuanto al abuso de la medida mediante la fuga del condenado es necesario distinguir el simple atraso del condenado (por ej. éste se presenta voluntariamente en el establecimiento penitenciario dos días después de haberse cumplido el plazo de su permiso) de un quebrantamiento de condena. La primera situación, que más bien corresponde a un incumplimiento de las obligaciones impuestas, ameritaría la suspensión del permiso, y no su revocación, ya que no importa una infracción grave por parte del condenado. Así, por lo demás, se deduce del art.80 letra g) RP que establece como supuesto de falta disciplinaria leve el presentarse al establecimiento después de las horas fijadas cuando se hace uso de un permiso de salida.<sup>96</sup>

Por otra parte, la fuga de un condenado beneficiado con un permiso de salida, pero que no tiene lugar durante el uso del permiso, no autoriza la revocación de la medida en base a esta causal<sup>97</sup>. Sin perjuicio de ello, el jefe del establecimiento podría igualmente revocar el beneficio en virtud de la causal establecida en el art.99 inc.3 RP cuando la fuga del condenado dé motivo para temer que éste, haciendo uso del permiso, no regresará al penal. En este caso la fuga importa la modificación de las circunstancias que existieron al momento de otorgar el permiso de tal manera que ya no resulta aconsejable que el condenado siga gozando de él.

**2.3. Incumplimiento de las órdenes impartidas.** El cumplimiento de las obligaciones establecidas por el jefe del establecimiento no sólo constituye un elemento que aquél deberá analizar al momento de otorgar un nuevo permiso de salida sino que, además, es condición para la vigencia de éste. Así se establece en los art. 99 inc. 2º y final y 112 inc. final RP al señalar que el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones o condiciones del permiso importará su suspensión o revocación. Cuál de estas dos medidas se aplicará, queda entregado a la discreción de la autoridad, según sea la gravedad de la falta cometida (principio de proporcionalidad, art.6 inc.1º RP).

En todos los supuestos de suspensión y revocación, las circunstancias que justifican la causal deberán acreditarse y ponerse en conocimiento del condenado, el que tendrá derecho a ser escuchado. La suspensión o revocación del permiso surtirá efecto una vez que le sea comunicada.

Por último, cabe señalar que la conducta de todo condenado, que haciendo uso de un permiso de salida, abusare de la medida o no cumpliera con las obligaciones impuestas, será calificada con la nota mínima (art.112 inc.1º RP). Ello importa, considerando el requisito señalado en el art.110 letra a) RP (haber observado muy buena conducta en los tres bimestres anteriores), el establecimiento indirecto de un plazo adicional de espera o suspensión para solicitar un nuevo permiso.

---

<sup>96</sup> Por tratarse de una falta disciplinaria leve no puede ser sancionada mediante la revocación del permiso, sino que únicamente mediante las sanciones establecidas en el art.81 letras a), b) o c) RP.

<sup>97</sup> véase Capítulo IV, IV.2, letra a) "Requisitos en caso de quebrantamiento y/o comisión de un nuevo delito"

Tanto el abuso de la medida (comisión de un nuevo delito, fuga) como el incumplimiento de las órdenes impartidas por la autoridad constituyen en nuestra normativa no sólo supuestos de suspensión y revocación del permiso, sino que también de faltas disciplinarias.

El art.78 RP establece en sus letras d), m) y ñ) respectivamente que “*el intento de fuga, la colaboración o la consumación de la fuga*”, “*la comisión de cualquier hecho que revista los caracteres de crimen o simple delito*” y “*el no regresar al establecimiento después de hacer uso de un permiso de salida*” constituyen faltas disciplinarias graves.<sup>98</sup>

Serán consideradas faltas disciplinarias menos graves el “*desobedecer pasivamente las órdenes recibidas de autoridades o funcionarios en el ejercicio legítimo de sus atribuciones*” y el “*regresar del medio libre en estado de manifiesta ebriedad o drogadicción*”.<sup>99</sup>

Finalmente, constituyen supuestos de faltas disciplinarias leves el “*presentarse a los establecimientos penitenciarios después de las horas fijadas cuando se hace uso de un permiso de salida o regresar a ellos en estado de intemperancia (...)*”<sup>100</sup>.

El art.81 RP establece, por su parte, las sanciones que se aplicarán y que dependerán de la gravedad de la falta cometida. Por lo tanto, junto con la suspensión o revocación del permiso, el condenado que haya abusado de la medida podrá, además, ser sancionado con privación de toda visita o correspondencia hasta por un mes o con aislamiento en celda solitaria. A su vez, el condenado que haciendo uso de un permiso de salida infrinja las órdenes impartidas o no cumpla con las obligaciones impuestas podrá ser objeto de sanciones que van desde una amonestación verbal hasta la privación de toda visita o correspondencia por un máximo de 7 días (según se trate de falta leve o menos grave).

La suspensión o revocación de un permiso de salida por sí solo constituye un castigo para el condenado. El propio RP contempla la revocación del permiso de salida como sanción disciplinaria para el caso de una infracción menos grave.<sup>101</sup> Es por ello que no se ve razón para agravar la situación del condenado aplicándole una sanción adicional. Piénsese en el caso del condenado que se retrasa en presentarse al establecimiento luego de una salida. El retraso, que importa el incumplimiento de una obligación y un supuesto de falta disciplinaria leve, autorizaría en este caso la suspensión, e incluso la revocación del permiso y adicionalmente la prohibición de recibir paquetes o encomiendas por un lapso de hasta 15 días.<sup>102</sup> Sólo queda confiar en la discrecionalidad del jefe del establecimiento al momento de aplicar la sanción (tanto en cuanto a qué sanción aplicará como en cuanto a su duración).<sup>103</sup>

---

<sup>98</sup> Se trata de hipótesis de concretización del peligro de fuga y abuso.

<sup>99</sup> Véase art.79 letras b) y l). Corresponden a situaciones de incumplimiento de las obligaciones que impone el permiso.

<sup>100</sup> Véase art.80 letra g). Al igual que las hipótesis anteriores, se trata de un incumplimiento de las obligaciones establecidas e importa, por lo tanto, un uso insatisfactorio del permiso.

<sup>101</sup> Véase art.81 letra h) RP.

<sup>102</sup> Véase art.80 letra g) en relación con el art.81 inc.final RP.

<sup>103</sup> Véase arts.81 inc.final y 82 inc.1º (Principio de proporcionalidad)

Finalmente, cabe señalar que una de las sanciones previstas para el caso de una infracción menos grave es la *revocación del permiso de salida*.<sup>104</sup> Las hipótesis que configuran una falta menos grave no se agotan, sin embargo, en los supuestos de incumplimiento de las obligaciones impuestas para el uso de un permiso de salida, sino que cubren situaciones muy diversas que no guardan relación con la medida y que van desde injuriar e insultar a un funcionario penitenciario, judicial o autoridad en general hasta la comisión de tres faltas leves en un trimestre.<sup>105</sup> Así, si un condenado que goza de salida dominical se negare a concurrir a los Tribunales (art.79 letra i) el jefe del establecimiento podría sancionarlo con la revocación del permiso. El establecimiento de la revocación del permiso de salida como sanción a una falta disciplinaria en hipótesis como ésta no hacen mas que reafirmar dos ideas críticas ya planteadas<sup>106</sup>: la instrumentalización de los permisos de salida como medios disciplinarios y la percepción de ser éstos premios o recompensas con los que se favorece o privilegia al condenado.

La legislación alemana, por su parte, contempla las mismas causales para la revocación de un permiso de salida. La suspensión, si bien no se establece directamente, quedaría comprendida en el poder discrecional de la autoridad ya que ésta, frente a cualquiera de las causales mencionadas, no está obligada a revocar la medida, sino que facultada a ello.<sup>107</sup> Por lo tanto, frente a un abuso de la medida o incumplimiento de las obligaciones impuestas el jefe del establecimiento podría suspender el permiso de salida o incluso permitir que el condenado siguiera gozando de él.<sup>108</sup>

Sin perjuicio de lo anterior, la ley también contempla la posibilidad de suprimir un permiso de salida cuando las circunstancias que motivaron su otorgamiento no concurrían y de ello se toma conocimiento con posterioridad.<sup>109</sup> Si el jefe del establecimiento hubiese tenido conocimiento de la situación al momento de decidir sobre el permiso, necesariamente lo habría denegado.<sup>110</sup> Se trata en este caso de decisiones ilegales. La ilegalidad se remonta al momento de otorgarse el permiso y obedece a un ejercicio del poder discrecional manifiestamente errado.<sup>111</sup>

En cuanto a los supuestos de faltas disciplinarias, si bien la ley de ejecución penal alemana no señala en forma pormenorizada qué conductas constituyen infracciones disciplinarias, sí establece en el §102 (1) que el jefe del establecimiento podrá aplicar una medida disciplinaria al recluso que infrinja culpablemente obligaciones establecidas en esta ley o *en virtud de ella*. Como se señalara en el punto I.1. del presente capítulo, el §14 de la ley de ejecución de penas autoriza al jefe del establecimiento para impartir órdenes a los condenados que hagan uso de un permiso de salida. Si el condenado no cumple dichas

---

<sup>104</sup> véase art.81 letra h) RP.

<sup>105</sup> Véase art.79 RP.

<sup>106</sup> Véase capítulo V, "Requisitos de concesión" 2.1. d).

<sup>107</sup> Se trata de un "Kann-Vorschrift", es decir, una disposición facultativa y no imperativa.

<sup>108</sup> §14 (2) ley de ejecución de penas

<sup>109</sup> §14 (2) S.2 ley de ejecución de penas.

<sup>110</sup> Sería el caso, por ej., de un permiso de salida otorgado sin tener conocimiento de un informe siquiátrico que en forma concluyente establece la peligrosidad del condenado.

<sup>111</sup> Ullenbruch, *op.cit.*, pag.250.

órdenes estaría infringiendo una obligación establecida en virtud de la ley de ejecución (§14) y por lo tanto, junto con la revocación del permiso, podría ser sancionado disciplinariamente.<sup>112</sup> En el caso de la comisión de un nuevo delito durante un permiso de salida, se ha señalado por la doctrina que esta conducta no constituiría *per se* una infracción disciplinaria ya que la obligación infringida no estaría establecida en la ley de ejecución de penas sino que en el código penal.<sup>113</sup>

En definitiva, no se aprecian mayores diferencias en esta materia entre la legislación nacional y la comparada, salvo en lo que respecta a la facultad del jefe del establecimiento para revocar un permiso de salida en caso de abuso o incumplimiento de las órdenes impartidas. Mientras la autoridad chilena debe suspender o revocar, el jefe del establecimiento en la legislación alemana goza al respecto de un poder discrecional.

## VII. VIAS DE IMPUGNACION DE LA RESOLUCION QUE DENIEGA, SUSPENDE O REVOCA UN PERMISO DE SALIDA

En este capítulo serán tratadas las vías de impugnación que el ordenamiento jurídico contempla contra la resolución de la autoridad administrativa que se pronunció negativamente sobre una solicitud de permiso de salida, esto es, denegó el otorgamiento del permiso o suspendió o revocó una autorización ya concedida. Se verán también las facultades que se le entregan al Juez de Garantía, como juez de ejecución de penas.

La Constitución Política de la República<sup>114</sup>, en su art. 19 establece, respecto de todas las personas, una serie de derechos y garantías constitucionales. El condenado a una pena privativa de libertad es también titular de esos derechos fundamentales, aunque con ciertas limitaciones derivadas de su condena y de su situación especial de reclusión. Por ello, el art.2 RP establece 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”*.

Dentro de los derechos de cuyo ejercicio no se ve privado o limitado el condenado se comprende el derecho a la tutela judicial frente a los actos de la administración. Este derecho se encuentra consagrado en el art.38 inc.2º CPR que dispone que *“cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley”*. El art.9 RP recoge esta disposición constitucional al establecer 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”*.

Sin embargo, el ciudadano que se ve agraviado por un acto de la administración, no sólo dispone de la vía judicial de impugnación, sino que también puede dirigirse ante la autoridad administrativa que dictó el acto que le causa el perjuicio o ante su superior jerárquico, a fin de que sea invalidado, revocado o modificado. Este derecho a ejercer los recursos administrativos en

---

<sup>112</sup> Walter, AK-StVollzG, pag.510, Böhm, *op.cit.*, pag.727, Laubenthal, *op.cit.* pag.346.

<sup>113</sup> Laubenthal, *op.cit.*, pag.347.

<sup>114</sup> En lo sucesivo CPR.

contra de los actos de la administración se encuentra consagrado, con carácter general, en el art.15 de la Ley N°19.880 de bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de la administración pública.<sup>115</sup>

Por lo tanto, frente a una decisión arbitraria del jefe del establecimiento por la cual se deniegue un permiso de salida, el condenado afectado podrá dirigirse ante la autoridad administrativa que denegó dicho permiso o ante su superior jerárquico o ante los tribunales de justicia.

## 1. Vía Administrativa

**1.1. Recurso de petición.** El art.9 inc.2º RP, complementado por el art.58 del mismo cuerpo legal, establece el derecho de todo condenado a efectuar peticiones y presentar quejas ante la autoridad penitenciaria relativas a su tratamiento o al régimen del establecimiento.

Esta disposición consagra el recurso de petición (también llamado recurso de reposición) que tradicionalmente encuentra su fundamento en el derecho constitucional de petición, establecido en el art.19 N°14 CPR.<sup>116</sup> Este recurso tiene por objeto “la invalidación, revocación o modificación del acto administrativo en contra del cual se recurre, de manera que la administración, que ha manifestado ya su voluntad, deba nuevamente estudiar el asunto concreto y decretar otra vez”.<sup>117</sup>

El recurso se interpone ante la autoridad administrativa que dictó el acto, en este caso, el jefe del establecimiento penitenciario o Alcaide. Por lo tanto, el condenado al cual se le ha denegado un permiso de salida podrá dirigirse, en la forma establecida en el art.58 RP, ante el jefe del establecimiento a fin de que éste, luego de un nuevo examen de las circunstancias que concurren en el caso particular, deje sin efecto la resolución por la cual denegó el permiso de salida y resuelva nuevamente, otorgándolo.

El recurso de petición procede también contra la resolución del jefe del establecimiento que suspendió o revocó un permiso de salida. En este caso la pretensión del condenado podrá ser, respecto de la suspensión, que ésta se deje sin efecto y se disponga que el condenado podrá seguir haciendo uso del permiso o que se restrinja el período de suspensión. Con respecto a la revocación del permiso, el condenado interpondrá el recurso a fin de que se deje sin efecto dicha revocación, de tal manera que pueda seguir gozando de su permiso de salida o que el jefe del establecimiento la modifique, en términos de que la autorización de salida no será revocada, sino sólo suspendida.

Como se señalara, el art.58 RP regula el procedimiento de este recurso. La disposición simplemente establece que la petición deberá hacerla el condenado en forma individual, verbalmente o por escrito. A su vez, el Alcaide deberá pronunciarse respecto de ella, ya sea en forma verbal o escrita, dentro del plazo de 15 días corridos o a lo menos en el mismo plazo indicar el estado de

---

<sup>115</sup> En lo sucesivo LBPA.

<sup>116</sup> Cordero Vega, “El Procedimiento Administrativo”, Editorial Lexis Nexis, 2004, pag.165.

<sup>117</sup> Cordero Vega, *op.cit.*, pag.165.

tramitación en que se encuentra. Debido a la insuficiencia de esta regulación se ha señalado que el procedimiento “no asegura debidamente los derechos del interno que no son afectados por la pena impuesta”<sup>118</sup>. Sin perjuicio de lo escueto de la disposición y de las ventajas de claridad y precisión de una regulación en el propio RP, el carácter supletorio de la LBPA<sup>119</sup> permite la aplicación de sus normas toda vez que sea “necesario integrar un procedimiento en el cual falta algún aspecto de la regulación básica en la tramitación de los procedimientos administrativos”<sup>120</sup>. Por lo tanto, el art.58 RP debe complementarse con las disposiciones de la LBPA, en especial con el art. 59, que regula el procedimiento a seguir en este recurso. En cuanto a la posibilidad de que el recluso pueda ser asistido por su abogado defensor durante el procedimiento a que da lugar este recurso, ella no sólo está permitida<sup>121</sup> sino que resulta además necesaria a la luz de los escasos conocimientos que, por regla general, poseen los condenados respecto de sus derechos y del modo de hacerlos valer.

Por su parte la legislación alemana, en el §108 (1) de la ley de ejecución de penas, contempla el derecho de petición (“Beschwerderecht”). Señala la disposición que los reclusos podrán dirigirse con deseos, sugerencias y quejas ante el jefe del establecimiento. Para estos efectos se fijarán audiencias, las que deberán tener lugar por lo menos una vez a la semana y a las cuales podrá asistir el abogado defensor del recluso. Sin perjuicio de la audiencia, el recluso podrá hacer uso de este derecho en forma escrita.<sup>122</sup> El recluso también podrá dirigirse con peticiones y quejas ante el representante del órgano supervisor cuando éste realice una visita en el establecimiento.

**1.2. Recurso jerárquico.** Si bien el RP no contempla expresamente este medio de impugnación la LBPA, en su art.59, lo consagra. Se trata de una reclamación dirigida a impugnar un acto dictado por un órgano administrativo subordinado a otro a fin de que el superior jerárquico modifique o revoque el acto según las pretensiones de quién recurre.<sup>123</sup> El recurso se presenta ante el superior jerárquico, que en el caso del Alcaide será el Director Regional de Gendarmería correspondiente.<sup>124</sup>

Este recurso también es contemplado en la ley de ejecución de penas alemana en el §108 (3).

---

<sup>118</sup> Horvitz Lennon/López Masle, “Derecho Procesal Penal Chileno”, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, 2004, pag.591.

<sup>119</sup> Véase art.2 LBPA que hace aplicables sus disposiciones, entre otros, a los servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa. Véase a su vez art.1º D.L. N°2.859 Ley orgánica de Gendarmería de Chile (LOG), que define a este organismo como un servicio público.

<sup>120</sup> Cordero Vega, *op.cit.*, pag.59.

<sup>121</sup> Véase art.10 inc.3º LBPA que señala que “los interesados podrán, en todo caso, actuar asistidos de asesor cuando lo consideren conveniente en defensa de sus intereses”. Los artículos 7º y 8º CPP reafirman esta posibilidad al señalar que la defensa del imputado se extiende hasta la ejecución completa de la sentencia.

<sup>122</sup> Laubenthal, *op.cit.*, pag.359; *Dünkel*, “Die Rechtsstellung von Strafgefangenen und Möglichkeiten der rechtlichen Kontrolle von Vollzugsentscheidungen in Deutschland”, en GA 1996, pag.519 ss.

<sup>123</sup> Cordero Vega, *op.cit.* pag.167

<sup>124</sup> Véase art.117 RP y art.4 letra e) LOG

## 2. Vía Judicial

Si bien tanto el art.38 inc.2 CPR como el art.9 inc.1º RP garantizan a las personas la protección judicial frente a los actos de la autoridad administrativa (en este caso la autoridad penitenciaria), ningún cuerpo legal contempla un recurso que tenga por finalidad específica impugnar judicialmente una resolución dictada por la administración penitenciaria.

Existe en esta materia un gran vacío legal, que deja en indefensión a los condenados respecto de los actos arbitrarios de la autoridad, lo que no sólo atenta contra la garantía de tutela judicial, sino que permite la impunidad de posibles infracciones al art.6 CPR y al RP lo que, en el contexto de una institución totalitaria como la cárcel, resulta de enorme gravedad. Es por ello que en la práctica las acciones constitucionales de amparo y protección se han convertido en el instrumento de tutela de los derechos e intereses de los condenados privados de libertad. Sin embargo, el ejercicio de dichas acciones importa muchas veces una suerte de construcción jurídica forzosa ya que las actuaciones de la administración penitenciaria contra las cuales se recurre no siempre se encuadran dentro de los supuestos amparados constitucionalmente, lo que lógicamente va a incidir en las posibilidades de éxito de la acción.<sup>125</sup>

Examinaremos a continuación el ejercicio de estas acciones constitucionales frente a la resolución de la autoridad penitenciaria que deniega, revoca o suspende arbitrariamente un permiso de salida.

**2.1. Acción constitucional de amparo.** El amparo o habeas corpus es la acción y recurso constitucional destinado a tutelar la libertad personal y la seguridad individual de toda persona natural que esté o se halle amenazada de ser arrestada, detenida o presa o que sufra, o pueda sufrir, cualquier otra privación, perturbación o amenaza de esa libertad o seguridad, con infracción de lo asegurado en la Constitución y las leyes.<sup>126</sup> Mediante su ejercicio se persigue, por lo tanto, precaver o subsanar los abusos cometidos en relación con el ejercicio legítimo de la libertad personal.

Respecto de la privación de libertad en virtud de una sentencia condenatoria que se encuentra firme, no procede el amparo ya que ella obedece a un título legítimo representado por la sentencia. Tenemos entonces que el condenado, que será quien solicite un permiso de salida y quien, frente a una denegación arbitraria de éste, ejercerá la acción de amparo, se encuentra en una situación de privación legítima de su libertad personal. ¿Puede entonces la denegación arbitraria de un permiso de salida constituir un acto ilegal o arbitrario que amenace, perturbe o

---

<sup>125</sup> Según un estudio realizado a las acciones constitucionales de amparo y protección presentadas por condenados privados de libertad en las Cortes de Apelaciones de Santiago y San Miguel, un 44, 2% del total de recursos declarados inadmisibles por las Cortes de Apelaciones respectivas, lo fueron por no corresponder la causal a los casos protegidos por dichas acciones. Sin perjuicio de que la inadmisibilidad haya sido o no declarada correctamente, sorprende lo elevado de la cifra. *Stippel, J.A.*, "Las cárceles y la búsqueda de una política criminal para Chile", Editorial LOM, 2006, pag. 213.

<sup>126</sup> Cea Egaña, "Derecho constitucional chileno", Tomo II, ediciones Universidad Católica de Chile, 2004, pag.272.



prive al condenado del legítimo ejercicio de su libertad personal? Para responder a esta interrogante es necesario volver sobre la naturaleza de los permisos de salida.

Los permisos de salida, como se ha señalado reiteradamente, no constituyen meras recompensas otorgadas por la administración penitenciaria, sino que instrumentos del tratamiento penitenciario, es decir, medidas que posibilitan hacer del condenado una persona con la intención y la capacidad de vivir respetando la ley penal.<sup>127</sup> Su finalidad es, por lo tanto, la reinserción social.<sup>128</sup>

Cuando a un condenado, que reúne los requisitos establecidos en el RP, se le deniega arbitrariamente una solicitud de permiso de salida se le está afectando en sus posibilidades de reinserción social, ya que se le priva del contacto con su entorno familiar, se acentúan los efectos colaterales perjudiciales de la privación de libertad, se afecta el desarrollo de la propia responsabilidad y se le impide poner a prueba lo que hasta ese momento ha aprendido en el establecimiento. Es, por lo tanto, la resocialización lo que en primer término y directamente se ve afectado mediante la denegación de un permiso de salida.

Sin embargo, lo que distingue a los permisos de salida de las demás actividades y acciones de reinserción social, es que ellos tienen lugar en el medio libre, es decir, confieren al condenado un espacio de libertad que no tienen los otros condenados y del cual él puede gozar legítimamente. Por lo tanto, cuando la autoridad penitenciaria deniega en forma abusiva o irracional, esto es, sin fundamento, un permiso de salida no sólo está afectando la reinserción social del condenado, sino que lo está privando arbitrariamente del ejercicio legítimo de esa libertad. Lo mismo acontecería para el caso de una suspensión o revocación arbitraria. En consecuencia, frente a este acto de la administración penitenciaria procedería ejercer la acción de amparo a fin de que el tribunal competente adopte las medidas necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado. Así por lo demás lo ha considerado la I. Corte de Apelaciones de Concepción en un fallo dictado con fecha 12 de junio 2000, confirmado por la Corte Suprema, por el cual se acoge un recurso de amparo interpuesto por un condenado a cadena perpetua que gozaba de salida de fin de semana en contra de Gendarmería de Chile. En los considerandos del fallo se establece: *“la primera reflexión que cabe formular frente al recurso interpuesto (...) es lo contradictorio que aparece que se intente un recurso de amparo en favor de un reo rematado, que se halla cumpliendo una condena de cadena perpetua impuesta por un tribunal competente. Sin embargo, un mayor análisis del asunto, lleva a concluir que es perfectamente factible la interposición de un amparo en favor de un reo en razón de que, como lo plantea el recurrente, dentro de nuestro régimen carcelario pueden darse diversos grados de limitación de la libertad personal. Todos los reos rematados están privados de libertad, es cierto, pero el rigor de su encierro no es igual, pues habrá algunos que por su extrema peligrosidad deban permanecer aislados o en celdas de alta seguridad y otros que (...) puedan cumplir su condena en un régimen más benigno. Si un reo, por*

---

<sup>127</sup> Rivera Beiras, *op.cit.*, pag.582.

<sup>128</sup> El propio RP (art.96 inc.2º) señala que la concesión de un permiso de salida dependerá fundamentalmente *de las necesidades de reinserción social del interno.*

*sus merecimientos, ha logrado acceder a un régimen menos riguroso que le ha permitido trabajar y gozar de beneficios que facilitan su rehabilitación, ha adquirido con ello, un estatus o situación jurídica que debe ser protegida por el Derecho. Y el recurso de amparo puede ser el medio idóneo para ello”.*<sup>129</sup>

**2.2. Acción constitucional de protección.** La acción de protección es aquel medio cautelar de ciertos derechos fundamentales frente a los menoscabos que puedan experimentar como consecuencia de acciones u omisiones ilegales o arbitrarias de la autoridad o de particulares.<sup>130</sup>

La acción de protección, a diferencia de la acción de amparo, resguarda una serie de derechos y garantías constitucionales, pero sólo las señaladas específicamente en la CPR.<sup>131</sup> Por lo tanto, en contra de la resolución que deniega un permiso de salida procederá ejercer la acción de protección, cuando ella importe un acto arbitrario de la autoridad mediante el cual se esté privando al condenado del legítimo ejercicio de los derechos protegidos por esta acción cautelar.

Como se dijera en el capítulo primero, los permisos de salida constituyen instrumentos al servicio de la reinserción social ya que posibilitan la realización de importantes medidas resocializadoras en diversas áreas (educacional, de formación y perfeccionamiento laboral, cultural, de esparcimiento y otras). Procederá la acción de protección, cuando la actividad para la cual se concibe el permiso sea una manifestación legítima del ejercicio de algunos de los derechos señalados en el art.20 CPR.

El problema que se presenta es que el RP sólo le atribuye un fin específico a las salidas esporádicas de los artículos 100 y 101 y a la salida controlada al medio libre. En los demás casos nada señala el RP en cuanto al motivo que sirve de fundamento al permiso.

En relación a las salidas esporádicas, éstas tienen por finalidad la visita de parientes próximos en caso de circunstancias graves de trascendencia en la vida familiar (muerte, enfermedad o accidente grave) y la realización de diligencias urgentes que requieran de la comparecencia personal del condenado. ¿Pueden encuadrarse dichas circunstancias en alguno de los supuestos constitucionales del art. 20?

Podría decirse que en el caso de muerte o de enfermedad grave de un pariente cercano, la denegación arbitraria de la salida podría representar una perturbación o amenaza del derecho del condenado a su integridad psíquica (art.19 N°1 CPR). Se ha señalado por la doctrina que la integridad psíquica constituye un bien de elevado valor,<sup>132</sup> que junto con la integridad física complementa la garantía constitucional del derecho a la vida. La falta de contacto

---

<sup>129</sup> Recurso de Amparo Rol N°56-2000 interpuesto ante la I. Corte de Apelaciones de Concepción. Véase también Recurso de Amparo Rol N° 30.782-2004 interpuesto ante la I. Corte de Apelaciones de Santiago, confirmado por la I. Corte Suprema Rol N°5249-2004

<sup>130</sup> *Verdugo Marinkovic/Pfeffer Urquiaga/Nogueira Alcalá*, “Derecho Constitucional”, Tomo I, Edit., Jurídica de Chile, 1994, pag.338.

<sup>131</sup> Véase art.20 CPR.

<sup>132</sup> *Silva Bascuñan, A.*, “Tratado de Derecho Constitucional”, tomo XI, Editorial Jurídica de Chile, 2006, pag. 57.

del condenado con el ser querido, en circunstancias trascendentales en la vida de toda persona como lo son la muerte y una enfermedad o accidente graves puede generar secuelas psicológicas irreparables que importen un menoscabo en su integridad psíquica. La intensidad del daño o menoscabo dependerá del caso específico (ya que no todos los individuos reaccionan de la misma manera), pero pueden considerarse factores determinantes de aquella la proximidad del pariente y el tipo de relación que el condenado tiene o tenía con él.

En el caso de la salida esporádica para la realización de diligencias urgentes no se ve cómo éstas podrían ser manifestación del ejercicio legítimo de alguna de las garantías amparadas por la acción de protección y, por lo tanto, frente a una denegación arbitraria del permiso, no procedería ejercer la acción.

Respecto de la salida controlada al medio libre, ella tiene por finalidad la capacitación laboral o educacional del condenado y el desempeño de alguna actividad laboral. En relación a la capacitación educacional ella no queda amparada por la acción de protección ya que la garantía constitucional del art.19 N°11 relativa a la libertad de enseñanza, incluye solamente el derecho de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales<sup>133</sup>, pero no el derecho a la educación.<sup>134</sup>

En cuanto al desempeño de alguna actividad laboral, las garantías constitucionales aplicables a la materia, esto es, los numerales 16 y 21 del art.19 tampoco reciben aplicación en el caso de una denegación arbitraria de este permiso de salida en el supuesto de un condenado que no se encuentra ejerciendo ninguna actividad laboral o económica y, por lo tanto, no procedería la acción de protección.<sup>135</sup> En efecto, en el caso del numeral 16 lo que se ampara es el derecho de toda persona a elegir su trabajo con toda libertad y contratar servicios en la misma forma y no el derecho al trabajo. Nuestros Tribunales han precisado que la “libertad de trabajo y su protección habilita a toda persona a buscar, obtener, practicar, ejercer o desempeñar cualquier actividad remunerativa, profesión u oficios lícitos”.<sup>136</sup> En relación a la búsqueda de trabajo (comprendida en la garantía de la libertad de trabajo) y ya que el RP hace mención a ella en la salida controlada al medio libre, es necesario aclarar que ella se refiere a evitar que, mediante la imposición de determinados requisitos, la búsqueda de trabajo se pueda ver limitada o restringida. Por lo tanto, no guardaría relación con la “búsqueda” a la que hace referencia el art.105 RP.

Sin embargo, en el supuesto que el condenado, haciendo uso de este permiso de salida, se encontrare desempeñando ya una actividad económica o

---

<sup>133</sup> La libertad de enseñanza se entiende como el derecho que tiene cualquier individuo, organización o comunidad para impartir conocimientos sistemáticos. Verdugo Marinkovic/Pfeffer Urquiaga/Nogueira Alcalá, *op.cit.*, pag. 282.

<sup>134</sup> El derecho a la educación es un derecho de carácter social que no dice relación con la libertad sino con la posibilidad que se reconoce a todos los individuos para desarrollar sus capacidades físicas e intelectuales. Verdugo Marinkovic/Pfeffer Urquiaga/Nogueira Alcalá, *op.cit.*, pag. 283.

<sup>135</sup> Así, por lo demás, lo ha establecido la jurisprudencia al señalar que “el recurso de protección ampara lo referente a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación (...), pero no se refiere a la protección al trabajo”. Verdugo Marinkovic/Pfeffer Urquiaga/Nogueira Alcalá, *op.cit.*, pag. 288, nota al pie N°160.

<sup>136</sup> Verdugo Marinkovic/Pfeffer Urquiaga/Nogueira Alcalá, *op.cit.*, pag. 287, nota al pie N° 159.

laboral y el permiso le fuere suspendido o revocado de manera infundada, dicha suspensión o revocación podría constituir una actuación arbitraria de la autoridad administrativa que privaría al condenado del legítimo ejercicio de su derecho a la libertad de trabajo (ya que esta comprende el ejercicio o desempeño de cualquier actividad remunerativa, profesión u oficio lícitos) y, por lo tanto, sería procedente el ejercicio de la acción de protección. Es más, los tribunales de justicia han señalado que en supuestos como éste (de pérdida arbitraria del trabajo) se estaría afectando la garantía constitucional del art.19 N°24 (derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales e incorporales). Los tribunales han reconocido “el derecho del trabajador a gozar de un empleo estable mientras cumpla debidamente con sus obligaciones funcionarias, lo que constituye una especie de propiedad sobre un bien incorporal, garantizado por el N° 24 del artículo 19 de la Constitución, de forma tal que el trabajador sólo puede ser privado de su empleo por los medios que la propia ley establece”.<sup>137</sup> En este mismo sentido, la I. Corte de Apelaciones de Concepción, fallando un recurso de amparo interpuesto por un condenado en contra de la resolución que le revocó un permiso de salida señala que “además, tal privación le causará un grave daño patrimonial, desde que quedará impedido de continuar trabajando remuneradamente como lo ha venido haciendo hasta ahora, lesionando con ello también su derecho de propiedad”.<sup>138</sup>

Las acciones de amparo y protección, si bien en algunas oportunidades han resguardado los derechos del condenado privado de libertad, no constituyen el medio de tutela idóneo y eficaz en el ámbito penitenciario.<sup>139</sup>

### 2.3. Juez de Garantía

El art.76 inc.1° CPR establece que la facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y *de hacer ejecutar lo juzgado* pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por ley.

En materia criminal, y en virtud de la reforma realizada al Código Orgánico de Tribunales,<sup>140</sup> es el Juez de Garantía quien se encuentra actualmente facultado para hacer ejecutar lo juzgado. Así lo establece el art.14 letra f) COT al contemplar, dentro de la competencia material de estos jueces, el “*hacer ejecutar las condenas criminales y las medidas de seguridad, y resolver las solicitudes y reclamos relativos a dicha ejecución, de conformidad a la ley procesal penal*”.<sup>141</sup>

<sup>137</sup> Verdugo Marinkovic/Pfeffer Urquiaga/Nogueira Alcalá, *op.cit.*, pag. 287, nota al pie N° 159.

<sup>138</sup> Recurso de Amparo Rol N°56-2000 interpuesto ante la I. Corte de Apelaciones de Concepción.

<sup>139</sup> Así por lo demás quedó demostrado en el estudio relativo a la protección jurídica de los internos frente a la administración penitenciaria. “*A lo largo del estudio comprobamos que, si bien existen en la legislación chilena recursos legales que permiten reclamar la violación de derechos humanos sufridos en el ámbito penitenciario, estos no son efectivos. En la mayoría de los casos los recursos son declarados inadmisibles sin que se analicen en detalle las razones que fundamentaron la interposición de los recursos*”. Stippel, J.A, *op.cit.*, pag. 229.

<sup>140</sup> En lo sucesivo COT

<sup>141</sup> Sin perjuicio de la competencia de los Jueces de Garantía en materia de ejecución, el art.567 y ss COT establecen las “*Visitas Carcelarias*” que tanto las Cortes como los Jueces de Garantía deben periódicamente realizar. En ellas se escucharán las reclamaciones de los reclusos y se

Esta disposición se ve reforzada por el art. 466 inc. 1º del Código Procesal Penal<sup>142</sup> que señala quienes podrán intervenir ante el Juez de Garantía durante la ejecución de las sentencias condenatorias.

Las competencias del Juez de Garantía consisten en:

a) *Hacer ejecutar lo juzgado.* Esta facultad no sólo comprende la dictación de todas aquellas resoluciones necesarias para el efectivo cumplimiento del fallo condenatorio<sup>143</sup>, sino que implicaría también la fiscalización sobre la manera de cumplirse la pena, es decir, controlar que tanto el tipo como la duración de la ejecución correspondan a las establecidas en la sentencia.

b) *Resolución de solicitudes y reclamos.* El art.466 inc.2º CPP establece que el condenado podrá ejercer, durante la ejecución de la pena, todos los derechos y facultades que la normativa penal y penitenciaria le otorgare. Entre estos derechos se encuentra el consagrado en el art.9 inc.1º RP que dispone que los internos, en defensa de sus derechos e intereses, podrán dirigirse a las *autoridades competentes* y formular las reclamaciones y peticiones pertinentes. La autoridad competente, en virtud de lo dispuesto en el COT, es el Juez de Garantía.

Tanto el art.14 letra f) COT como el art.9 RP representan la consagración legal, en el ámbito penitenciario, del principio de tutela judicial de los derechos frente a la actividad de la Administración del Estado que, como ya viéramos, tiene rango constitucional (art.38 inc.2 CPR). El problema que se presenta es que si bien la ley señala cuál es el tribunal competente para conocer de dichas reclamaciones, no establece en forma clara cuál es el medio de impugnación ni el procedimiento a través del cual se hará efectiva dicha tutela. No obstante este vacío legal, estimamos que las normas aplicables serán las establecidas en el Título II “Actividad Procesal” del Libro I CPP. Este Título contiene un conjunto de disposiciones de carácter general, que se refieren principalmente a la forma y oportunidad de los actos procesales y que habitualmente se agrupan bajo la denominación de *disposiciones comunes a todo procedimiento penal*.<sup>144</sup> Especial mención merece de entre esas normas el art.19 que contempla la posibilidad de solicitar informes a todas las autoridades y órganos del Estado.

Por lo tanto, el condenado al cual se le ha denegado arbitrariamente un permiso de salida podrá dirigirse al Juez de Garantía a fin de que éste, tomando conocimiento de todas las circunstancias del caso particular y junto con los informes que le proporcione la autoridad administrativa, resuelva la reclamación. Si el juez estimare que la resolución de la autoridad sobrepasa los límites de su facultad discrecional porque la ejerció fuera del marco legal establecido en la norma o porque se trata de una resolución abusiva<sup>145</sup>, carente de fundamento,

---

adoptarán las medidas pertinentes para remediar posibles violaciones a sus derechos. Creemos, por lo tanto, que ellas podrían representar una instancia más de control de la actividad de la autoridad en materia de concesión de permisos de salida.

<sup>142</sup> En lo sucesivo CPP

<sup>143</sup> Véase art.468 CPP que se refiere a las diligencias y comunicaciones que efectúa el juez de garantía para el cumplimiento de la sentencia.

<sup>144</sup> Horvitz Lennon/López Masle, *op.cit.*, pag. 311.

<sup>145</sup> La resolución sería abusiva cuando, por ejemplo, la autoridad toma la decisión en base a circunstancias fácticas no atingentes al caso o considera criterios que según el fin de la norma no

que no responde al sentido o la finalidad perseguida por la norma, deberá acoger la reclamación del condenado, ordenándole a la autoridad que se pronuncie nuevamente sobre la petición, conforme a la normativa vigente.

Por su parte, la ley de ejecución de penas alemana establece como medio de impugnación de las resoluciones de la autoridad penitenciaria la “Petición de Resolución Judicial” (“Antrag auf gerichtliche Entscheidung”) contemplada en el §109. Ella se dirige en contra de medidas o resoluciones de la autoridad penitenciaria, pero sólo en cuanto éstas se refieran a asuntos particulares, es decir, que afecten a un recluso en particular y no a varios o a todos ellos. La solicitud se presenta ante el Tribunal de Ejecución Penitenciaria competente (“Strafvollstreckungskammer”), tribunal unipersonal de primera instancia<sup>146</sup>. Sin perjuicio de ello, se autoriza a que el derecho estadual (el correspondiente a la potestad legislativa propia de cada Estado Federal) disponga, como requisito para la vía judicial, el agotamiento de un procedimiento administrativo previo. El Tribunal resuelve la solicitud sin audiencia oral, lo que no excluye la posibilidad de que tanto los involucrados como un tercero puedan ser oídos por el juez.<sup>147</sup>

El control judicial de los actos discrecionales tiene un carácter limitado. El §115 (5) establece que si la autoridad penitenciaria está facultada para actuar discrecionalmente, el juez deberá determinar si el acto administrativo es ilegal, ya sea porque sobrepasó los límites legales establecidos a su discrecionalidad o porque el ejercicio que se ha hecho de ella no se adecua al fin de la autorización, pero no podrá reemplazar la decisión<sup>148</sup>. La razón de ello estriba en que la autoridad penitenciaria, a diferencia del Juez de Ejecución, se encuentra en una relación de cercanía con el recluso mucho más estrecha, en razón del contacto diario que mantiene con ellos y, por lo tanto, puede evaluar el caso particular en forma más adecuada y certera.<sup>149</sup>

En contra de la resolución que dicte el Juez de Ejecución se podrá recurrir ante la Sala Penal del Tribunal de Segunda Instancia (“Oberlandesgericht”). La Sala Penal resuelve sin audiencia oral. Si determina que la resolución infringe la ley, la revocará y resolverá sobre el fondo del asunto, siempre que este se encuentre listo para fallo, es decir, no sean necesarias nuevas investigaciones. Si, por el contrario, estima que el asunto no está listo para sentencia, devolverá los antecedentes al Juez de Ejecución para que dicte nueva resolución.

En contra de la resolución de la Sala Penal no procede recurso alguno. Si la decisión de la Sala Penal difiere o se aparta de la decisión de otra Sala Penal o

---

pueden tener cabida en la decisión o deja de lado criterios que sí debían ser considerados o sopesa erróneamente aspectos importantes. Laubenthal, *op.cit.*, pag. 389.

<sup>146</sup> Resulta necesario precisar que el Juez de Ejecución no tiene un papel preponderante en la ejecución penal, como en el caso de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria de la legislación española (Véase art.76 y 77 Ley Orgánica General Penitenciaria) sino que sus facultades se restringen al ámbito de control de los actos de la autoridad administrativa y a resolver las peticiones de libertad condicional, pero no tiene facultades para otorgar permisos de salida o resolver otro asunto relativo a la ejecución de penas.

<sup>147</sup> Laubenthal, *op.cit.*, pag. 384 s.

<sup>148</sup> En caso que el juez considere ilegal la decisión de la autoridad penitenciaria la dejará sin efecto y le ordenará a aquella que resuelva nuevamente, bajo consideración del criterio jurídico del Tribunal.

<sup>149</sup> Laubenthal, *op.cit.*, pag. 391.

del Tribunal Federal Supremo (“Bundesgerichtshof”), deberá presentar el asunto ante este último para su decisión.

Sin perjuicio de lo anterior, el condenado podrá interponer recurso de revisión constitucional, previsto en el art.93 (1) N°41 de la Ley Fundamental (GG) o dirigirse ante la Corte Europea de Justicia de Derechos Humanos (“Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte”)

A la luz de la normativa alemana y teniendo presente la desprotección que sufren nuestros condenados privados de libertad, sólo podemos concluir la necesidad urgente de legislar en la materia, estableciendo un mecanismo eficiente de tutela de los derechos y una magistratura especializada.<sup>150</sup>

---

<sup>150</sup> Véase al respecto la propuesta de la Comisión de Redacción del Anteproyecto de Ley de Ejecución de Penas. *Valenzuela, J.*, “Estado actual de la reforma al sistema penitenciario en Chile”, en *Revista de Estudios de la Justicia (REJ)*, N°6 Año 2005, pag.201 y ss.

## VIII. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA Y/O PENAL DEL FUNCIONARIO PÚBLICO

### 1. Responsabilidad administrativa

Los artículos 6 y 7 inc.1º CPR establecen respectivamente que los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las leyes y que sólo actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescribe la ley. Se consagra así el Principio de Legalidad, que no es más que la subordinación del actuar de los órganos del Estado a la ley. Por lo tanto, y como lo ha interpretado la Contraloría General de la República *“nadie puede, en el servicio público, asumir por sí la función superior, ni determinar según su propio criterio lo que conviene o corresponde hacer en determinadas circunstancias, (...) si no está autorizado expresamente por la ley”*.<sup>151</sup> Si el funcionario público actúa entonces, contraviniendo el principio de legalidad, incurrirá en responsabilidad. Como Servicio Público<sup>152</sup>, Gendarmería está sometida en su actuar al mismo principio.

La ley Orgánica de Gendarmería de Chile establece en sus artículos 2 y 17 que el personal de esta institución se regirá por el Estatuto del Personal de Gendarmería<sup>153</sup> y el Reglamento de Disciplina. A su vez, el inc.2 del art.1º de la misma ley orgánica señala que en forma supletoria se aplican las normas del Estatuto Administrativo.<sup>154</sup>

En dichos cuerpos legales se consagra como fundamento de la responsabilidad administrativa la infracción de las obligaciones funcionarias.<sup>155</sup> Así lo establecen el art.114 del Estatuto Administrativo y los artículos 6 y 7 del Estatuto del Personal de Gendarmería.

Dicha responsabilidad administrativa se determinará y sancionará conforme lo disponen las normas del Estatuto Administrativo ya que, como señaláramos, el Reglamento de Disciplina, que debía regular dicha materia, nunca entro en vigencia.

Como un importante deber funcionario establece el art.55 letra g) del Estatuto Administrativo la obligación del funcionario público de *“observar estrictamente el principio de la probidad administrativa regulado por la Ley N° 18.575<sup>156</sup> y demás disposiciones especiales”*.

¿En qué consiste este principio? Según el art.54 inc.2 LOCBGAE el principio de la probidad administrativa consiste en *“observar una conducta funcionaria*

---

<sup>151</sup> Dictamen N° 28.268 (1996)

<sup>152</sup> Véase art.1º D.L. N° 2.859 Ley orgánica de Gendarmería de Chile

<sup>153</sup> D.F.L. N° 1791 de 1980

<sup>154</sup> El Reglamento de disciplina nunca entró en vigencia, en consecuencia, Gendarmería de Chile se rige por su estatuto y en forma supletoria, por las normas del Estatuto Administrativo (Ley N° 18.834 de 1989)

<sup>155</sup> Pantoja Bauzá, “Estatuto Administrativo Interpretado”, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, 2000, pag. 802.

<sup>156</sup> Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, LOCBGAE (Ley N° 18.575 de 1986)



*intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, con preeminencia del interés general sobre el particular*". Ello se expresa en el recto y correcto ejercicio del poder público por parte de las autoridades administrativas; en lo razonable e imparcial de sus decisiones; en la rectitud de ejecución de las normas, planes, programas y acciones, etc.<sup>157</sup> Contraviene el principio de probidad quien infringe los deberes de eficacia y legalidad que rigen el desempeño de los cargos públicos.<sup>158</sup>

El jefe del establecimiento penitenciario, que al resolver una solicitud de permiso de salida lo deniega arbitrariamente, sin fundamento alguno que se condiga con la finalidad de la norma que le otorga esa facultad, sobrepasando los límites de su facultad discrecional, estará infringiendo el deber de actuar con apego a la normativa vigente y, por lo tanto, podrá incurrir en responsabilidad administrativa.

La responsabilidad administrativa se determina por medio de investigaciones o sumarios administrativos, dependiendo de la gravedad de la infracción cometida, y dará lugar a las medidas disciplinarias contempladas taxativamente en el art.116 del Estatuto Administrativo (censura, multa, suspensión y destitución del cargo). La autoridad competente ponderará la gravedad de los hechos y determinará la sanción aplicable, con excepción de la sanción de destitución que sólo podrá aplicarse en los casos expresamente señalados, entre los cuales se encuentra la infracción grave al principio de probidad administrativa y la condena por crimen o simple delito.<sup>159</sup>

Es importante señalar que la responsabilidad administrativa es independiente de la responsabilidad civil o penal a que pudieren dar lugar los mismos hechos.<sup>160</sup>

Por último, cabe señalar que Gendarmería de Chile ha creado la Fiscalía Administrativa General como unidad especial para la tramitación de las investigaciones y sumarios administrativos de mayor connotación e importancia.<sup>161</sup>

## 2. Responsabilidad penal

El funcionario público, en este caso el jefe del establecimiento penitenciario, que actúa infringiendo las disposiciones normativas que regulan su actuar, no sólo puede incurrir en responsabilidad administrativa sino que su conducta podrá también subsumirse en alguna de las hipótesis descritas en los artículos 228 y 256 CP.

**2.1. Prevaricación administrativa (art. 228 CP).** Todas las formas de prevaricación<sup>162</sup> envuelven un grave quebrantamiento de los deberes del cargo

---

<sup>157</sup> Véase art. 55 LOCBGAE

<sup>158</sup> Véase art.64 N° 8 LOCBGAE

<sup>159</sup> Véase art.119 Estatuto Administrativo

<sup>160</sup> Véase art.115 Estatuto Administrativo

<sup>161</sup> "Informe Anual de Derechos Humanos en Chile. 2005", Universidad Diego Portales, pag.66 en [www.udp.cl/derecho/derechoshumanos/informesddhh/htm](http://www.udp.cl/derecho/derechoshumanos/informesddhh/htm).

<sup>162</sup> Véase art.223 a 227 CP (prevaricación judicial) y art.231 a 232 CP (prevaricación de abogados y procuradores)

que se desempeña.<sup>163</sup> En el caso de la prevaricación cometida por funcionarios públicos lo que se protege es el interés del Estado en el pleno sometimiento del ejercicio de la función pública a la ley y al Derecho. Podemos decir entonces que el bien jurídico protegido es la *legalidad en el desempeño del servicio público*, consagrado a nivel constitucional en el art.6 CPR.<sup>164</sup>

El jefe del establecimiento penitenciario, en su calidad de funcionario público, debe someter su actuar a la Constitución y a las leyes y, en general, a todas aquellas disposiciones que regulan el ejercicio de las funciones que le fueron encomendadas, entre las cuales se encuentra el RP.

Sin embargo, el delito de prevaricación no se extiende a todos los funcionarios públicos, sino que sólo a aquellos con competencia para manifestar una voluntad decisoria a través de la dictación de una providencia o resolución.<sup>165</sup> La resolución por la cual el jefe del establecimiento otorga o deniega un permiso de salida importa claramente un acto de contenido decisorio que afecta los derechos e intereses del condenado.

Es necesario, además, que dicha providencia o resolución sea *manifiestamente injusta*, esto es, que en forma clara e inequívoca importe una contradicción con el texto expreso de una ley.<sup>166</sup> En tal sentido debemos recordar que las facultades discrecionales no otorgan a la autoridad un ámbito de acción de absoluta libertad sino que, por el contrario, esta deberá ejercer su facultad dentro de los límites establecidos, que estarán dados por la norma que le confiere dicha potestad.<sup>167</sup>

En cuanto al elemento subjetivo, que será el que permitirá diferenciar una conducta prevaricante de una simplemente equivocada, el tipo penal sanciona tanto la dictación dolosa (“a sabiendas”) como la negligente (“negligencia o ignorancia inexcusables”).<sup>168</sup> Por lo tanto, para que la conducta del jefe del establecimiento satisfaga la realización del tipo, deberá exceder deliberadamente sus facultades discrecionales o consistir en un incumplimiento que, atendidas las circunstancias concretas en que se desenvuelve el funcionario, no sea razonablemente justificable.

Por último, la decisión debe recaer en un negocio *contencioso-administrativo* o *meramente administrativo*. El concepto de negocio meramente administrativo constituye un concepto residual que permite abarcar todos los asuntos de la administración que no tengan un carácter judicial, político o de gobierno y que tengan la aptitud para restringir los derechos de un tercero.<sup>169</sup>

---

<sup>163</sup> *Etcheberry, Alfredo*, “Derecho Penal. Parte Especial”, Tomo IV, editorial Jurídica de Chile, 1997, pag.213.

<sup>164</sup> *Rodríguez Collao/Ossandón Widow*, “Delitos contra la función pública”, editorial Jurídica de Chile, 2005, pag.424.

<sup>165</sup> *Rodríguez Collao/Ossandón Widow*, *op.cit.*, pag. 424. Se entiende resolución en sentido amplio como todo acto que represente una manifestación de voluntad de contenido decisorio y no necesariamente en el sentido atribuido en el ámbito administrativo.

<sup>166</sup> *Rodríguez Collao/Ossandón Widow*, *op.cit.*, pag. 429 y s.

<sup>167</sup> Véase al respecto *Alarcón Jaña*, “Discrecionalidad Administrativa”, Editorial Lexis Nexis, 2000, pag. 83 y ss.

<sup>168</sup> *Politoff Lifschitz/Matus Acuña/Ramírez G.*, “Lecciones de Derecho Penal Chileno”, Parte Especial, editorial Jurídica de Chile, 2004, pag.535.

<sup>169</sup> *Rodríguez Collao/Ossandón Widow*, *op.cit.*, pag. 430 y s.

**2.2. Denegación de Servicio (art.256 CP).** Este tipo penal, ubicado entre las figuras de abusos a particulares, consiste en retardar o negar maliciosamente a los particulares la protección o servicio que legal o reglamentariamente debiere dispensarles un funcionario público.

Se trata de una figura de omisión propia o pura, en que la inactividad o pasividad de la Administración en el campo de sus competencias configura la comisión del delito. Se exige para su castigo que el auxilio o servicio que deba dispensarse esté ordenado por ley o reglamento y que el funcionario actúe “maliciosamente”, es decir, con dolo directo, excluyéndose la posibilidad de una comisión del delito por dolo eventual o de forma culposa y sin necesidad de que concurra alguna intención especial por parte del funcionario.

Se presenta, sin embargo, el problema de determinar cuándo la inactividad de la administración importa la consumación del tipo. El art.259 nada señala al respecto. Será entonces el transcurso del plazo, que en cada situación se le fije a la autoridad administrativa para evacuar sus funciones, el que fijará la consumación de la conducta típica. A este respecto, el RP no contiene norma alguna que nos señale el plazo dentro del cual el jefe del establecimiento deberá resolver la petición de permiso de salida y, por lo tanto, se deberá estar a lo que señalen las normas supletorias de la LBPA.

En la legislación alemana por su parte, el tipo de prevaricación, contemplado en el §339 StGB<sup>170</sup>, no recibe aplicación respecto del jefe del establecimiento que resuelve una petición de permiso de salida contraviniendo la ley. Según dicha disposición legal, el jefe del establecimiento tendría que actuar como un juez, es decir, según principios jurídicos en un procedimiento reglado jurídicamente en su totalidad, lo que no ocurre al momento de decidir sobre un permiso de salida. Si bien las D.A. establecen una regulación que debe ser respetada por el jefe del establecimiento, ellas no conducen a un procedimiento de las características ya mencionadas sino que representan simplemente acuerdos administrativos de las administraciones de justicia de los Estados Federados. Además, el jefe del establecimiento no goza de la independencia propia de los jueces, ya que en el caso de los permisos de salida para condenados a cadena perpetua requiere siempre del consentimiento de la autoridad superior.<sup>171</sup>

Podemos concluir que se observa una sensible diferencia entre la responsabilidad penal de los funcionarios públicos alemanes y chilenos y que resulta de la amplitud del tipo de prevaricación en nuestro ordenamiento.

---

<sup>170</sup> Código Penal. §339: „El juez, el titular de un cargo (administrativo) o el árbitro que en la conducción o resolución de un pleito, contravenga el derecho a favor o en perjuicio de una de las partes, se hará responsable por prevaricación y será castigado con (...)“

<sup>171</sup> Laubenthal, *op.cit.*, pag.270.

## CONCLUSIONES

1. La primera y más importante de las diferencias que surge de la comparación legislativa es el rango normativo del instrumento que en nuestro país regula la organización y estructura de los establecimientos penales, así como los derechos y las obligaciones de los condenados a penas privativas de libertad y las consecuencias que de ello se derivan.

2. En segundo término podemos señalar que nuestra normativa recoge, en general, los permisos de salida contemplados en la ley de ejecución de penas alemana, pero en forma más restringida al concebirlas sólo para la etapa de preparación a la excarcelación y en cuanto a los motivos que sirven de fundamento al otorgamiento de la medida.

3. En ambas legislaciones es el jefe del establecimiento el autorizado a otorgar, suspender y revocar un permiso de salida. Se aprecia también una similitud en cuanto a la naturaleza discrecional de la resolución que se pronuncia sobre una solicitud de permiso de salida.

4. En cuanto a los requisitos de otorgamiento de los permisos de salida, si bien el RP recoge los requisitos de la legislación alemana, se aparta de ésta al exigirle al condenado una reflexión interna en torno al delito cometido y al mal con él causada, así como una disposición al cambio. También se aprecia una notable diferencia en cuanto al papel que nuestra legislación le otorga a la conducta del condenado como garantía de un cumplimiento satisfactorio del permiso.

5. Se aprecia también una diferencia con la legislación alemana en cuanto nuestro RP contempla como sanción a la comisión de una falta disciplinaria la revocación del permiso de salida, lo que claramente importa una instrumentalización, con fines de orden y disciplina interna, de estas medidas de tratamiento.

6. En lo que respecta a la tutela de los derechos de los reclusos, nuestro RP se presenta absolutamente deficiente, en especial en lo relativo a la vía judicial. La falta de un recurso destinado específicamente a proteger los derechos e intereses de los condenados privados de libertad ha conducido a la utilización de las acciones de amparo y protección que se han demostrado, con algunas excepciones, como medios de protección ineficaces.

7. Finalmente, en lo que dice relación con la responsabilidad administrativa y penal de los funcionarios penitenciarios se observa una notable diferencia entre ambas legislaciones que se encuentra dada por la amplitud del tipo de prevaricación en nuestro ordenamiento.