



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES

**LA NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO PENITENCIARIO
CHILENO Y SUS REPERCUSIONES EN LA RELACIÓN JURÍDICA
PENITENCIARIA.**

Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

MARCO ANTONIO FERNÁNDEZ PONCE.

PROFESOR GUÍA: EDUARDO SEPÚLVEDA CRERAR

Santiago de Chile.

2018.

ÍNDICE.

INTRODUCCIÓN.....	8
-------------------	---

CAPÍTULO I.

TEORIAS EN TORNO A LA NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO PENITENCIARIO.

I. ASPECTOS GENERALES DEL DERECHO PENITENCIARIO.....	11
1. CONCEPTO DE DERECHO PENITENCIARIO.....	11
1.1. Conceptos elaborados por la doctrina comparada.....	11
1.2. Conceptos elaborados por la doctrina nacional.....	14
1.3. Concepto de derecho penitenciario que se adopta en esta tesis.....	15
2. DENOMINACIÓN.....	16
II. ACERCA DE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO PENITENCIARIO.	17
1. El derecho penitenciario como derecho administrativo.....	18
1.1. Argumentos en que funda esta postura.....	20
1.2. Críticas a esta posición.....	22
2. El Derecho penitenciario como una parte del Derecho Penal.....	24
2.1. Argumentos en que se funda esta postura.....	24
2.2. Críticas a esta posición.....	27
3. El derecho penitenciario como una disciplina perteneciente al derecho procesal penal.....	29
3.1. Argumentos a favor de esta posición.....	30
3.2. Críticas a esta posición.....	31

4. Teoría de la naturaleza mixta del derecho penitenciario.....	33
4.1. Argumentos a favor.....	33
4.2. Crítica a esta postura.....	35
5. Autonomía del derecho penitenciario.....	35
5.1. Argumentos a favor de esta tesis.....	38
5.2. Críticas a esta postura.....	39

CAPÍTULO II.

NATURALEZA DE LA EJECUCIÓN DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD Y DEL DERECHO PENITENCIARIO EN CHILE.

1. Planteamiento del problema.....	41
2. Análisis de las principales características del ordenamiento jurídico penitenciario chileno.....	42
2.1. Ausencia de una ley de ejecución penal.....	42
2.2. Relación jurídica penitenciaria.....	44
2.2.1 Sujetos de la relación jurídica penitenciaria.....	44
2.2.2 Características de la relación jurídica penitenciaria.....	51
2.3. Entes estatales que tienen competencia en el ámbito penitenciario.....	54
2.4. Control externo de la ejecución penal.....	56
3. Conclusión. Naturaleza del derecho penitenciario chileno.....	59
3.1. Normativa penitenciaria.....	60
3.2. Naturaleza de la relación jurídica penitenciaria.....	61
3.3. Naturaleza del control externo de la ejecución de las penas privativas de libertad.....	61

CAPÍTULO III.

REPERCUCIONES DE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO PENITENCIARIO EN LA CONFIGURACIÓN DE LA RELACIÓN JURÍDICA PENITENCIARIA.

I. ASPECTOS GENERALES.....	66
II. LA CONCEPCIÓN CLÁSICA DE RELACIÓN JURÍDICA PENITENCIARIA.....	69
1. Planteamiento central de la teoría clásica de la relación de sujeción especial. Justificación histórica de esta categoría administrativa.....	69
2. Consecuencias de la aceptación de la concepción clásica de las relaciones especiales de sujeción. Repercusiones en el ámbito penitenciario.....	72
3. Crítica a la concepción clásica de las relaciones de sujeción especial.....	78
III. LA CONCEPCIÓN MODERNA DE LA RELACIÓN JURÍDICA PENITENCIARIA.....	78
1. Superación de la concepción clásica de la relación de sujeción especial a partir de la sentencia del Tribunal constitucional alemán del 14 de marzo de 1972.....	79
2. Reformulación de la relación jurídica penitenciaria a partir del derecho internacional de los derechos humanos.....	83
3. Consecuencias de la nueva concepción de la relación jurídica penitenciaria.....	90
4. Conclusión.....	93

CAPÍTULO IV.
ANÁLISIS DE LA RELACIÓN JURÍDICA PENITENCIARIA EN
CHILE. REPERCUSIONES DE LA NATURALEZA
ADMINISTRATIVA DEL ORDENAMIENTO PENITENCIARIO
CHILENO.

I.	RELACIÓN JURÍDICA PENITENCIARIA EN CHILE. RASGOS DISTINTIVOS.....	94
1.	Normativa penitenciaria.....	94
2.	Naturaleza de la relación jurídica penitenciaria.....	96
3.	Status jurídico de los internos en Chile.....	97
4.	Régimen disciplinario en Chile. Sanción De asilamiento e internación en celda solitaria. Constitucionalidad.....	101
4.1.	Marco normativo del régimen disciplinario.....	101
4.2.	Discusión en torno a la constitucionalidad del régimen disciplinario....	104
5.	Control de la actividad penitenciaria.....	113
5.1.	Control administrativo (recursos administrativos o procedimientos administrativos).....	114
5.2.	Control externo.....	118
5.2.1	Control ejercido por Tribunales de Justicia (acciones judiciales o procedimientos administrativos).....	118
5.2.2	Otros mecanismos de control externo (no jurisdiccionales).....	134
II.	FORMA EN QUE SE CONCIBE LA RELACIÓN JURÍDICA PENITENCIARIA EN CHILE.....	138

CAPÍTULO V.
**MECANISMOS Y VÍAS PARA GARANTIZAR LOS DERECHOS
FUNDAMENTALES DE LOS INTERNOS EN LA RELACIÓN
JURÍDICA PENITENCIARIA.**

1. El fenómeno de la constitucionalización del derecho administrativo. La supremacía constitucional y la fuerza normativa de la Constitución.....	147
2. La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por parte de los Tribunales de Justicia. Las herramientas del bloque de constitucionalidad y el control de convencionalidad.....	158
3. Técnicas de control de las potestades discrecionales de la Administración.....	164
CONCLUSIÓN.....	174
ABREVIATURAS.....	177
BIBLIOGRAFÍA.....	178
ANEXO JURISPRUDENCIAL.....	201

INTRODUCCIÓN.

El principal motivo por el cual se plantea esta tesis es que consideramos que la doctrina nacional no ha abordado de manera metódica y sistemática la discusión en torno a la naturaleza jurídica del derecho penitenciario, ni sus implicancias y repercusiones, lo que se explica, entre otras razones, por el escaso desarrollo dogmático que ha tenido esta disciplina en el país.

Algunos autores nacionales omiten pronunciarse sobre el tema y otros, en cambio, se conforman con referirse sucintamente a la naturaleza del derecho penitenciario pero sin contrastar, en la mayoría de los casos, sus planteamientos teóricos con el ordenamiento jurídico penitenciario chileno o hacerse cargo de revisar las diversas teorías que se han elaborado sobre la materia a nivel comparado.

Es por esta razón que en esta tesis nos haremos cargo de revisar, en una primera parte, las diversas teorías que se han planteado acerca de la naturaleza jurídica del derecho penitenciario, para luego, contrastar nuestro ordenamiento de ejecución penal con estas doctrinas a fin poder establecer cuál es la naturaleza jurídica del derecho penitenciario chileno.

En este sentido coincidimos con aquella doctrina que postula que la naturaleza de esta disciplina jurídica no se establece a partir del análisis de su entidad ontológica sino que se desprende del análisis de la fisonomía y rasgos distintivos del ordenamiento jurídico penitenciario.

Disentimos, por lo demás, de aquella doctrina que considera que la discusión en torno a la naturaleza del derecho penitenciario sólo tiene un interés estrictamente académico. A nuestro entender, la determinación de la naturaleza del derecho penitenciario va a producir importantes consecuencias jurídicas puesto que va traer aparejado un vaciamiento de normas, instituciones, principios, teorías y prácticas jurídicas a cada una de los ámbitos que comprende la ejecución penal y, en particular, en su objeto principal de estudio como es la relación jurídica penitenciaria.

Es precisamente en el vínculo jurídico, que se produce entre la población penal y la Administración Penitenciaria, donde estudiaremos las repercusiones

fundamentales de la naturaleza jurídica de nuestro derecho penitenciario en el estatus jurídico de los internos para luego centrarnos en el análisis de una serie de mecanismos y herramientas que se pueden utilizar en el control externo de la fase de ejecución penal.

En cuanto a la estructura de la tesis, en el primer capítulo revisaremos los diversos conceptos y acepciones que se han propuesto, tanto a nivel comparado como nacional, del derecho penitenciario para luego concentrarnos a estudiar cada una de las teorías que se han planteado, principalmente por la doctrina foránea, acerca de la naturaleza del derecho penitenciario. Revisaremos los argumentos a favor y en contra de aquellas teorías que sostienen la pertenencia del derecho penitenciario a otras ramas del derecho público (administrativo, penal, procesal) y aquellas que apelan a su naturaleza ecléctica o a su autonomía.

En el segundo capítulo revisaremos los rasgos distintivos de nuestro ordenamiento jurídico penitenciario para a partir de ello lograr establecer con cuál de todas las teorías planteadas se aviene mejor nuestro actual derecho penitenciario.

En el tercer capítulo revisaremos las nociones que se han elaborado acerca de la relación jurídica penitenciaria en base a su naturaleza jurídica. Para ello distinguiremos dos grandes concepciones que han surgido de la relación jurídica penitenciaria, así como, sus fundamentos y consecuencias en el status de los internos. Distinción, por cierto, que no suelen realizar los autores nacionales y que da cuenta de la positiva evolución que ha experimentado el derecho penitenciario a la luz, principalmente, del desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos y, sus fenómenos, de internacionalización, generalización y especificación.

En el cuarto capítulo, revisaremos a cuál de estas concepciones responde la relación jurídica penitenciaria nacional. Para ello nuevamente contrastaremos las ideas centrales y consecuencias de estas posturas con las características fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico penitenciario.

En el quinto y último capítulo de esta tesis se propondrán, a partir de la propia naturaleza de nuestro derecho penitenciario, una serie de mecanismos, criterios y herramientas que permitan garantizar de mejor forma los derechos de los internos en la relación jurídica penitenciaria. Consideramos, en este sentido, que las posibles

soluciones a los nudos problemáticos que presenta el actual ordenamiento jurídico penitenciario chileno en cuanto al status jurídico de los internos, en la relación jurídica penitenciaria, deben buscarse en la propia naturaleza jurídica del derecho penitenciario y no a partir de la elaboración de planteamientos teóricos que en nada se condicen con nuestra realidad jurídica. Es por eso que en esta parte final de la tesis nuestro objetivo no será proponer modificaciones legales o la elaboración de políticas públicas penitenciarias. Nuestra finalidad será más modesta pero al mismo tiempo realista. A partir de la identificación de la propia naturaleza jurídica del derecho penitenciario buscaremos proveer a los agentes de jurisdicción de una serie de mecanismos que pueden ser utilizados en la fase de ejecución penal para asegurar de esa forma el respeto al Estado de Derecho en los recintos penitenciarios.

Como un anexo a esta tesis, se incluirá el análisis de una serie de sentencias emanadas de nuestros tribunales superiores de justicia que dan cuenta de la forma en que se ejerce el control judicial en la fase de ejecución penal.

CAPÍTULO I. TEORÍAS EN TORNO A LA NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO PENITENCIARIO.

I. ASPECTOS GENERALES DEL DERECHO PENITENCIARIO.

En esta primera parte de este capítulo nos referiremos brevemente a qué debemos entender por derecho penitenciario así como los problemas de intitulación o denominación de esta disciplina jurídica.

1. CONCEPTO DE DERECHO PENITENCIARIO.

Desde que en la década del treinta, del siglo pasado, se empezaran a cimentar las bases para el surgimiento y desarrollo científico del derecho penitenciario, como una nueva rama del derecho, se han formulado una serie de definiciones que pretenden diferenciarlo de otras disciplinas que forman parte de lo que JIMENEZ DE ASÚA denominó la Enciclopedia de las ciencias penales¹.

1.1 Conceptos elaborados por la doctrina comparada:

Estas definiciones se pueden agrupar en tres grandes grupos:

a) Conceptos amplios. Son aquellas definiciones que asimilan derecho penitenciario con derecho de ejecución penal.

Dentro de estos autores cabe destacar al principal propulsor de la autonomía del derecho penitenciario, Giovanni NOVELLI, que, en su célebre artículo “L’ autonomia del Diritto penitenziario”, publicado en Italia a comienzos de 1933 en la Rivista di Diritto Penitenziario, definía a esta disciplina como “el conjunto de normas jurídicas que regulan la ejecución de las penas y las medidas de seguridad, a

¹ DICCIONARIO DE CIENCIAS PENALES (criminología, derecho penal, derecho penitenciario y derecho procesal penal).1999. Madrid: Edisofer, S.L., p.104.

comenzar desde el momento en que se convierte en ejecutivo el título que legitima la ejecución”².

Por su parte, uno de sus principales discípulos, Francesco SIRACUSA, definía el derecho penitenciario como “el conjunto de normas jurídicas que regulan la ejecución punitiva-ejecutiva en un determinado país”³.

A este tipo de definiciones se le ha criticado, sin embargo, que no es dable confundir estos dos términos puesto que entre ellos existe una relación de género a especie. En este sentido tanto Luis GARRIDO como Eugenio CUELLO sostienen que el derecho de ejecución penal se refiere a todo género y clase de penas y medidas, en cambio el derecho penitenciario sólo se refiere a aquellas normas que regulan las penas y medidas de seguridad privativas de libertad⁴.

b) Concepto restringido. En base a la crítica anterior y, tendiendo en consideración que con la evolución histórica del derecho penitenciario su objeto de estudio se fue constriñendo principalmente a la ejecución de las penas privativas de libertad, un sector de la doctrina optó por definirlo simplemente como el “[...] conjunto de normas jurídicas que regulan la ejecución de las penas privativas de libertad”⁵ o como “aquel que trata del cumplimiento efectivo de la pena privativa de libertad”⁶.

² AVILA HERRERA, José. 2011. El derecho de ejecución penal de cara al presente siglo: problemas, orientaciones, retos y perspectivas. [en línea] Centro de Estudios de Derecho Penitenciario. Revista Electrónica. (1):7.<http://www.usmp.edu.pe/derecho/centro_derecho_penitenciario/revista/jose_avila_herrera.pdf>

³ TELLEZ AGUILERA, Abel. Novelli y su tiempo. Una aproximación a los orígenes y al concepto del derecho penitenciario. [en línea] Revista de Estudios penitenciarios.(255):28. <<http://www.derechopenitenciario.com/comun/fichero.asp?id=2438>>

⁴ GARRIDO GUZMÁN, Luis, 1983. Manual de Ciencia Penitenciaria. Madrid. EDERSA. p. 7; CUELLO CALÓN, Eugenio. 1958. La Moderna Penología, Tomo I, Barcelona, Bosch, p. 11.

⁵ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. 1975. La prisión. México: Fondo de Cultura económica, p. 33. En términos similares, MAPELLI CAFFARENA, Borja y TERRADILLOS BASOCO, Juan. 1996. Las consecuencias jurídicas del delito. 3º ed. Madrid, Editorial Civitas, p. 113; CANO MATA, Antonio. 1975. Derecho Administrativo Penitenciario: protección al recluso. [en línea]. Revista de administración pública. (76): 31. En: < <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1098667.pdf>>; [Consulta: 14 de marzo del 2017] BUENO ARUS, Francisco. Sobre la autonomía del derecho penitenciario (notas provisionales). [En Línea] <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292344047649?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=ContentDisposition&blobheadername2=EstudioDoctrinal&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3D1967_0741.pdf&blobheadervalue2=1288775029077>

⁶MARCÓ DEL PONT, Luis. 1998. Derecho penitenciario. México: Cárdenas editor y distribuidor, p. 10.

Si al concepto de NOVELLI o SIRACUSA se les podía objetar su amplitud, a este segundo grupo de definiciones se les ha criticado el que dejen fuera del ámbito del derecho penitenciario a las medidas cautelares personales (detención y prisión preventiva) y a las medidas de seguridad⁷.

C) Concepto intermedio. En vista a la crítica anterior es que en la doctrina jurídico-penal española se ha tendido a imponer la definición de derecho penitenciario propuesta por el profesor GARCÍA VALDÉS que lo entiende como “[...] el conjunto de normas jurídicas reguladoras de la ejecución de las penas y medidas privativas de libertad”⁸.

En este concepto, a diferencia de las acepciones anteriormente revisadas, se incluye las medidas de seguridad privativas de libertad.

Pese a lo anterior, a este concepto también se le puede realizar la misma crítica que a las acepciones restringidas por excluir del derecho penitenciario la relación jurídica que surge entre la Administración Penitenciaria y los detenidos o sujetos a prisión preventiva⁹ y porque en base a la actual normativa penitenciaria española no toda ejecución de la pena privativa de libertad (como ocurre con la moderna pena de localización permanente) ni toda medida de seguridad (como

⁷ Cabe señalar que en nuestro derecho la ejecución de las medidas de seguridad no se lleva a cabo en un recinto carcelario. El art. 457 del Código Procesal Penal establece que “podrán imponerse al enajenado mental, según la gravedad del caso, la internación en un establecimiento psiquiátrico o su custodia y tratamiento. En ningún caso la medida de seguridad podrá llevarse a cabo en un establecimiento carcelario [...]”. Lo anterior se explica porque se trata de personas inimputables, por lo que no se les puede aplicar el mismo régimen de las personas que son responsables penalmente y que han sido condenadas a una pena

⁸ GARCÍA VALDÉS, Carlos. 1989. Derecho penitenciario (escritos 1982-1989). Madrid: Ministerio de Justicia, Secretaría general técnica, centro de publicaciones, p. 9. Esta definición es seguida por FERNÁNDEZ GARCÍA, Julio. 2001. Lección 4. El derecho penitenciario. Concepto. En: BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio y ZUÑIGA RODRIGUEZ, Laura (coords.). Manual de derecho penitenciario. Salamanca, Editorial Colex, p. 107; Curso de derecho penitenciario, 2005. Por TAMARIT SUMALLA Josep-maría “et al”. 2ªed. Valencia, Tirant lo Blanch, p. 19; GRACIA MARTÍN, Luis, BOLDOVA PASAMAR, Miguel Angel, ALASTUEY DOBÓN, Carmen. 2006. Tratado de las consecuencias jurídicas del delito: adoptado a las Leyes Orgánicas 7/2003, de 30 de junio, 11/2003, de 29 de septiembre, 15/2003, de 25 de noviembre, y 1/2004, de 28 de diciembre; con un anexo legislativo y documental sobre el sistema de consecuencias jurídicas del delito en el derecho español. Madrid, Tirant lo Blanch, p. 352; DICCIONARIO DE CIENCIAS PENALES (criminología, derecho penal, derecho penitenciario y derecho procesal penal), ob. cit., p. 205. También es citada en RODRIGUEZ ALONSO, Antonio. 1997, Lecciones de derecho penitenciario. Adaptadas a la normativa legal vigente. Granada, Editorial Comares, p. 4; TELLEZ AGUILERA, Abel, ob. cit., p. 29.

⁹ RODRIGUEZ ALONSO, Antonio, ob. cit., p. 4

ocurre con las que se cumplen en centros cerrados extrapenitenciarios) caen dentro de la órbita del derecho penitenciario¹⁰.

Es por ello que se han formulado nuevas definiciones que pretenden incluir otros parámetros que permitan establecer con precisión el contenido del derecho penitenciario.

Es así que para Antonio RODRIGUEZ ALONSO, el derecho penitenciario es “el conjunto de normas que regulan la ejecución de las penas y medidas privativas de libertad y la relación jurídica que surge como consecuencia de la detención y prisión provisional”¹¹.

Por su parte, Abel TELLEZ AGUILERA, sostiene que el “[...] Derecho penitenciario es aquella rama del Derecho Público conformada por el conjunto de normas que regulan la ejecución que la Administración penitenciaria, bajo supervisión del Juez de Vigilancia, lleva a cabo de las penas y medidas de seguridad privativas de libertad así como de la prisión y detención preventiva, impuestas a quienes quedan así vinculados jurídicamente con aquélla por una relación jurídica que perdura hasta la extinción de las mismas”¹².

1.2 Conceptos elaborados por la doctrina nacional.

Desde la esfera del derecho penal la doctrina nacional se ha conformado por reproducir acriticamente alguno de los conceptos elaborados por alguno de los juristas foráneos ya citados.

¹⁰ TELLEZ AGUILERA, Abel, ob. cit., p. 29.

¹¹ RODRIGUEZ ALONSO, Antonio, ob. cit., p.4

¹² TELLEZ AGUILERA, Abel. ob. cit., p. 29. De esta definición el autor citado desprende lo que a su juicio son los elementos característicos del derecho penitenciario:

-**Sujetos.** En la ejecución penal regulada por el derecho penitenciario se va a poder distinguir: a) Un sujeto activo, representando por la Administración penitenciaria; b) Un sujeto pasivo, representando por el interno que es aquel que ha sido ingresado a un Centro penitenciario; c) Un sujeto garante, representado por el Juez de Vigilancia Penitenciaria, que tiene como función primordial el control y supervisión de la actuación de la Administración penitenciaria para velar por el respeto de los derechos de los internos.

- **Objeto.** El objeto del derecho penitenciario es la ejecución de la medida cautelar de la prisión preventiva (y de los que se encuentran detenidos en centros penitenciarios) y de las penas y medidas de seguridad privativas de libertad.

- **Vínculo.** El último elemento que caracteriza al derecho penitenciario es el vínculo jurídico que se produce entre la Administración penitenciaria y el interno y que da lugar a la relación jurídica penitenciaria.

Es lo que ocurre con Stephen KENDALL GRAIG que cita el concepto restringido de Luis MARCÓ DEL PONT y el concepto intermedio de Antonio RODRIGUEZ DE ALONSO¹³. Enrique CURY, por su parte, adopta el concepto restringido de derecho penitenciario de GARRIDO GUZMÁN¹⁴.

Desde el ámbito del derecho administrativo, cabe destacar la definición de derecho penitenciario elaborada por Eduardo CORDERO QUINZACARA quien plantea que es “[...] el conjunto de normas y principios que rigen a los órganos que integran la Administración penitenciaria en su organización y relaciones internas, así como con las personas sometidas al régimen penitenciario o que integran la denominada población penitenciaria”¹⁵.

1.3 Concepto de derecho penitenciario que se adopta en esta tesis:

Atendiendo al objeto de estudio de esta tesis y, por considerar, tal como se verá en los siguientes capítulos, que el eje central sobre el cual se articula el derecho penitenciario, es la relación jurídica penitenciaria, entenderemos por esta disciplina el conjunto de normas y principios que regulan las relaciones que se producen entre el Estado y la población penal (personas detenidas, sujetas a prisión preventivas y condenadas), que surgen desde el ingreso del imputado o condenado a un establecimiento penitenciario hasta que se revoca o deja sin efecto la medida cautelar personal o se obtenga la libertad definitiva por el cumplimiento de la pena privativa de libertad.

¹³ KENDALL GRAIG, Stephen. 2010. Tutela judicial efectiva en la relación jurídica penitenciaria. Santiago, Librotecnia, p. 19.

¹⁴ CURY URZÚA, Enrique. 2005. Derecho penal. Parte general. 6° ed. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, p. 116.

¹⁵ CORDERO QUINZACARA, Eduardo. “El control jurisdiccional de la actividad de la administración penitenciaria” Informe en derecho 01-2009/Noviembre Departamento de estudios defensoría penal., p 18.

2. DENOMINACIÓN.

Uno de los escollos que ha debido enfrentar esta rama del derecho es el “problema de la intitulación”, esto es, el nombre que se le debe dar a esta disciplina¹⁶.

En derecho comparado se han propuesto una serie de denominaciones dentro de las cuales se debe destacar la de derecho de ejecución penal, ciencias penitenciarias¹⁷, penología¹⁸, ciencia de las prisiones¹⁹, derecho administrativo penitenciario²⁰ o simplemente derecho penitenciario.

De estas denominaciones, las que más se suelen utilizar, tanto en el derecho comparado como nacional, son las de derecho de ejecución penal como el de derecho penitenciario.

Los que defienden la utilización de la designación de “derecho de ejecución penal” se fundan en que es una denominación que comprende todo género y clase de penas y medidas de seguridad, incluyendo el estudio de las penas y medidas diversas a las privativas de libertad y el tratamiento en libertad²¹.

Por su parte, aquellos que denominan a esta disciplina “derecho penitenciario” se sustentan en que su objeto de estudio es la normativa y principios relativos a la ejecución de las penas y medidas privativas de libertad y no a las otras clases de penas contempladas en el “arsenal punitivo” del Estado²². Además, se considera que no debe confundirse el género (derecho de ejecución penal) con la especie (derecho penitenciario).

¹⁶ Para un estudio de las problemáticas que han tenido que enfrentar tanto el derecho penal como el derecho penitenciario en cuanto a su nomenclatura se puede consultar TELLEZ AGUILERA, Abel, ob. cit., pp. 9-10

¹⁷ Al respecto se puede consultar GARCÍA VALDÉS, Carlos. ob. cit., pp. 9-10; CUELLO CALÓN, Eugenio. ob. cit., p. 9.; MARCÓ DEL PONT, Luis. pp., 11 y ss; GARRIDO GUZMÁN, Luis. ob. cit., p. 6; TAMARIT SUMMALA, Josep-María “et al”, p. 21.

¹⁸ GARRIDO GUZMÁN, Luis, ob. cit., p. 4; CUELLO CALÓN, Eugenio, ob. cit., p. 7; TAMARIT SUMMALA, Josep-María “et al”, p. 20.

¹⁹ MARCÓ DEL PONT, Luis, ob. cit., p. 13; CUELLO CALÓN, Eugenio, ob. cit., p. 9.

²⁰ GAMBIER, Beltrán y ROSSI, Alejandro. 2000. Derecho administrativo penitenciario. Análisis crítico del régimen legal. Apéndice normativo y documentación. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, p.20.

²¹ CUELLO CALÓN, Eugenio. ob. cit., p. 12. En nuestro Derecho, adoptan esta denominación POLITOFF L., Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMIREZ, María Cecilia. 2006. Lecciones de derecho penal chileno. 2° Ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 75.

²² DICCIONARIO DE CIENCIAS PENALES, ob. cit, p.205.

En base a lo anterior y, teniendo en consideración el objeto de estudio de esta tesis, se utilizará de manera preferente la denominación de derecho penitenciario que, en nuestro país, es adoptada por el profesor Enrique CURY²³ y Stephen KENDALL²⁴.

II. ACERCA DE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO PENITENCIARIO.

Uno de los aspectos más latamente discutido por la doctrina es si con el desarrollo científico que ha experimentado el derecho penitenciario desde los años treinta del siglo pasado es posible sostener que ha alcanzado su plena autonomía frente a otras ramas del derecho con las que se les suele relacionar, como el derecho penal, el derecho procesal o el derecho administrativo.

Si bien *prima facie* se pueda considerar que esta discusión sólo tiene un interés “puramente académico y especulativo”²⁵, a nuestro juicio sí cobra importancia para efectos de comprender la naturaleza de la relación jurídica penitenciaria y para determinar a qué principios y garantías se las va a someter (en especial en el ámbito disciplinario)²⁶.

Es por esta razón que consideramos que es necesario realizar una breve revisión a los argumentos que se han expuesto por la doctrina para pretender explicar la naturaleza jurídica del derecho penitenciario para luego, en el siguiente capítulo, determinar cuál de estas teorías se aviene más a nuestro actual sistema de ejecución penal.

²³ CURY. Enrique, ob. Cit., p. 116.

²⁴ KENDALL GRAIG, Stephen ob. Cit., p. 19.

²⁵ ZAFFARONI, Eugenio. 1998. Tratado de derecho penal. Parte General. Tomo I. Buenos Aires, Ediar, p. 202.

²⁶ MAPELLI CAFFARENA, Borja y TERRADILLOS BASOCO, Juan, ob. cit., p. 115.; CORBELLÀ DUCH, Josep. 1997, Los derechos fundamentales a la vida, integridad física, intimidad y a la tutela judicial efectiva en la relación jurídica penitenciaria. Tesis (Doctorado Derecho). Barcelona, España. Universidad de Barcelona, Departamento de Derecho Penal y Ciencias Penales, p. 89

1. El derecho penitenciario como derecho administrativo.

Es en el siglo XIX que los administrativistas comienzan a dedicar algunos pasajes de sus manuales y tratados de derecho administrativo al estudio de la ejecución de la pena privativa de libertad y de la administración penitenciaria.

En nuestro país, el primer libro de derecho administrativo chileno escrito por Santiago PRADO el año 1859, llamado “Principios elementales de Derecho Administrativo Chileno”, dedica un capítulo al estudio de las prisiones y otro a las cárceles. Lo mismo ocurre con el libro “Tratado jeneral de derecho administrativo aplicado a la legislación de Chile” de Domingo AMUNATEGUI²⁷.

En España, se puede apreciar el mismo interés en la obra de destacados juristas como José de POSADA HERRERA y Manuel COLMEIRO.

El primero de estos autores, POSADA HERRERA, dedica tres capítulos de sus “Lecciones de Administración”, del año 1843, al estudio de la Administración Penitenciaria.

De acuerdo a sus planteamientos lo relativo a las cárceles se puede analizar desde dos puntos de vistas, uno referido al poder judicial y otro referido al poder ejecutivo o administrativo. De esta forma, todo lo que se refiere al seguimiento de la causa que ha producido el encarcelamiento se encuentra bajo la jurisdicción del poder judicial. Lo relativo, en cambio, a la distribución de los establecimientos penitenciarios, alimentos, trabajo y lo referente a la corrección y mejora de los condenados son materias que le corresponde exclusivamente a la Administración.

Es por ello que concluye que no se van a poder producir roces entre el poder judicial y la administración, puesto que “luego que el juez ha dado la sentencia en una causa criminal, ha concluido propiamente su oficio y entra el de la administración que debe cumplir con la sentencia del juez y con las prevenciones de la ley”²⁸.

Por su parte Manuel COLMEIRO, en su libro “Derecho Administrativo Español”, sostiene que es a la Administración la que le corresponde “[...] la clasificación de las prisiones, la distribución de los presos, la seguridad, salubridad y

²⁷NUÑEZ POBLETE, Manuel. 2010. Una obra de arquitectura incompleta: la reforma procesal penal y el sistema penitenciario chileno (prologo). En: KENDALL GRAIG, Stephen, ob. cit., p. 14-15

²⁸ POSADA HERRERA, José de. 1988. Lecciones de administración. 2º Ed. España, Instituto Nacional de Administración Pública, p. 356.

orden de los establecimientos penales, su régimen económico y todos los pormenores de la policía interior, así como dirigir el trabajo y procurar la corrección y enmienda de los sentenciados”²⁹.

El interés mostrado por los autores del siglo XIX no se replica, salvo algunas excepciones, como ocurre con la obra de Carlos GARCÍA OVIEDO, en la bibliografía moderna de derecho administrativo.

Lo relativo a la administración penitenciaria ha pasado a formar parte de aquellas materias preteridas u olvidadas de las partes especiales del derecho administrativo. A juicio de Francisco SOSA WAGNER, esto se explica porque en esta materia nos encontramos frente a un conflicto negativo de competencias entre especialidades que suele producir que los especialistas dejen de lado el tratamiento de los contenidos de carácter fronterizo³⁰. En efecto, siguiendo el razonamiento expuesto por el administrativista español, una serie de disciplinas extrajurídicas comienzan a hacerse cargo, desde sus diversas áreas de conocimiento, de analizar el sistema de ejecución de las penas privativas de libertad. Es por esta razón que para SOSA es necesario distinguir lo relativo al sistema y tratamiento penitenciario (que quedaría en manos de especialistas ajenos al ámbito del derecho) y el régimen penitenciario que sí sería un tema netamente jurídico y, desde su óptica, un tema jurídico-administrativo.

Se debe agregar además y, pese que SOSA nada dice al respecto, que este conflicto se reproduce en el propio ámbito jurídico, donde varias ramas del derecho público reclaman la pertenencia de esta materia a su respectiva disciplina y, que incluso, algunas voces, bregan por la autonomía del derecho penitenciario. En definitiva, es posible que también haya influido en el poco o nulo interés mostrado por la moderna doctrina administrativa que la ejecución de la pena privativa de libertad y el propio de derecho penitenciario se encuentre en una zona fronteriza entre diversas ramas del derecho público.

²⁹ COLMEIRO, Manuel. Derecho Administrativo español. Tomo I. 4ªed. Madrid, Imprenta y librería de Eduardo Martínez, 1876, p. 387.

³⁰ SOSA WAGNER, Francisco. 1976. Administración penitenciaria. Revista de Administración pública (80) pp. 84-85 [en línea]<<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/105553>>[Consulta 31 de enero de 2017]

Lo anterior no quiere decir, sin embargo, que no se siga sosteniendo, incluso desde la propia vereda del derecho penal, que el estudio de la ejecución de las penas privativas de libertad y del derecho penitenciario, forma parte del derecho administrativo.

Es lo que ocurre en Alemania donde la doctrina mayoritaria concibe al derecho penitenciario con una naturaleza administrativa por el rol fundamental que tiene la administración en la ejecución de las penas privativas de libertad, tanto en la calificación de las relaciones jurídicas que nace de la actividad penitenciaria como en la regulación de la misma. Desde esta perspectiva "(...) se considera que el derecho penitenciario se encuentra orientado a la teoría general del derecho administrativo especialmente en lo relativo a los principios y la teoría general del acto administrativo. Esta orientación sería de tal intensidad que el derecho penitenciario se desliga de la naturaleza penal-aun cuando regulando un aspecto del sistema penal-para convertirse en un Derecho administrativo especial"³¹.

1.1. Argumentos en que funda esta postura:

Para sostener lo anterior se han esgrimido históricamente las siguientes razones:

A.) El cumplimiento de las penas privativas de libertad se confía a la Administración del Estado. Debido a que el poder judicial no dispone de los medios materiales ni de una organización adecuada para asumir por sí mismo la ejecución de las penas privativas de libertad, se debe confiar su cumplimiento al poder ejecutivo que dispone de un aparato organizativo adecuado para asumir una serie de tareas complejas que van desde la construcción de establecimientos penales a la creación de instituciones y órganos (servicio público penitenciario) que se encarguen tanto de la vigilancia como de la atención de la población penal³².

³¹ MAPELLI CAFFARENA, Borja y ALDERETE LOBO, Rubén. 2015. Manual regional de buenas prácticas penitenciarias. Madrid, Programa Eurosocial, p. 16.

³² CORBELLÀ DUCH, Josep, ob. cit, pp. 96-97. Como señalan GARCÍA OVIEDO y MARTINEZ USEROS, "[...] las penas de prisión necesitan de servicios adecuados, es decir, exigen cárceles donde puedan desarrollarse, y es a la Administración a quien compete la función de dotar a la justicia de esta instalación. Existe, pues, un servicio público penitenciario". Citado por SOSA WAGNER, Francisco, ob. Cit., p. 86.

Se confía, entonces, las funciones relativas al régimen penitenciario a una serie de órganos que forman parte de la Administración del Estado, por lo que la actividad penitenciaria y, por ende, el derecho penitenciario, debería regirse por las normas, conceptos, principios y categorías del derecho administrativo.

B) La relación jurídica penitenciaria. En directa relación con lo anterior, dado que unas de las partes o centros jurídicos de la relación jurídica penitenciaria es un órgano de la Administración del Estado y el personal que presta sus servicios en los establecimientos penitenciarios son funcionarios públicos, entonces no cabe sino concluir que el vínculo que surge entre la Administración penitenciaria y los internos se rige por las normas del derecho administrativo, debiendo encuadrarse dentro de las denominadas relaciones jurídicas públicas o administrativas³³. Además, los actos que se producen en la relación jurídica penitenciaria son actos administrativos por lo que los conflictos que se llegasen a producir por su dictación deben ser conocidos por la jurisdicción contencioso-administrativa³⁴.

C) El proceso penal culminaría con la dictación de la sentencia definitiva firme condenatoria. En nuestro derecho, Luis COUSIÑO MAC IVER, sostiene que el derecho penal ejecutivo formaría parte del derecho administrativo, toda vez que una vez dictada la sentencia condenatoria se produciría el desasimiento del juez, el cual ya no tendría una intervención directa en la fase de cumplimiento de la pena³⁵. De esta forma, como plantea Arturo SANTORO, el efecto de cosa juzgada penal implica el término definitivo del proceso penal y el paso al derecho administrativo que se encarga de regular la ejecución de la pena con un control jurisdiccional restringido³⁶. Es por eso que este autor distingue entre ejecución procesal (que se refiere a la ejecución de un acto imperativo del proceso) y ejecución material o sustancial (que dice relación con la ejecución de una sanción criminal que ha sido establecido por un juez en su sentencia).

³³ MORAGA KLENNER, Claudio. 2010. Tratado de derecho administrativo. Tomo VII. La actividad formal de la administración del Estado. Santiago, Legal Publishing, p. 74; SOSA WAGNER, Francisco. ob. Cit., p. 86. CORDERO QUINZACARA, Ob. Cit., p. 14

³⁴ SOSA WAGNER, Francisco. ob. Cit., p. 86

³⁵ COUSIÑO MAC IVER, Luis. 1975. Derecho penal chileno. Parte general. Tomo I. Santiago, editorial Jurídica de Chile, p. 23.

³⁶ Al respecto GONZALEZ CANO, Maria Isabel. 1994. La ejecución de las penas privativas de libertad. Valencia. Tirant lo Blanch, p. 74

Las intervenciones de los tribunales en esta fase sólo serían esporádicas, en aquellos casos en que surja alguna controversia en la interpretación del título ejecutivo o a la modificación o extinción de la orden punitiva.

D) La teoría de la división de poderes. Se pretende asegurar a la Administración una serie de actuaciones autónomas en lo relativo al régimen penitenciario que no estaría sometido a un control directo de los tribunales de justicia.

Se considera que una intervención permanente de los tribunales puede trabar las labores y funciones de la Administración penitenciaria.

Para fundamentar lo anterior se recurre a la teoría de la división de poderes y, más específicamente, a la de divisiones de funciones. Es por esta razón que José María MATA TIERZ señala que “[...] no parece que sea precisa la existencia de jueces que inspeccionen la ejecución de las penas de privación de libertad desde dentro de los establecimientos penitenciarios de una manera habitual, puesto que la actividad es netamente burocrática. Para nada se exige la presencia física habitual intramuros de la prisión del funcionario judicial en el ejercicio de unas funciones inspectoras que-ahora sí- sólo ocasionarían resultados contrarios a los que se pretenden conseguir: roces y conflictos de competencias o, inhibiciones del juez que, en todo caso, se traducirían en manifiestos perjuicios para la función pública”³⁷.

E) La fuente normativa que regula la fase de ejecución. Por último y, en clara pugna con el principio de legalidad que debiese imperar en esta materia, el legislador suele realizar una remisión a la potestad reglamentaria para regular la ejecución de las penas privativas de libertad.

1.2. Críticas a esta posición.

Pese a lo anterior, desde otras ramas del derecho público se han planteado las siguientes críticas que ponen en duda o, al menos, ponen de manifiesto la inconveniencia que a la ejecución de la pena y al derecho penitenciario se les aplique las normas, principios, procedimientos y categorías del derecho administrativo:

³⁷ MATA TIERZ, José María.1965. Intervención judicial en el cumplimiento de las penas de privación de libertad. Boletín de información del Ministerio de Justicia (659), p. 5

A) La importancia innegable que tiene la Administración penitenciaria en la ejecución material de la pena no puede llevar a concluir erradamente que estamos en presencia de una etapa cronológica diferente de la judicial, pues se entiende que esta fase forma parte del “iter represivo” o, más estrictamente, del ejercicio del “ius puniendi” del Estado que se lleva a cabo a través del proceso jurisdiccional penal, en la que le cabría intervenir a la autoridad judicial tanto en la fase declarativa como en la de ejecución de lo juzgado. En definitiva, se entiende que el “ius puniendi” no sólo se manifiesta y culmina con el proceso declarativo, sino que también abarca la ejecución de lo juzgado.

Sostener lo contrario implicaría reducir la ejecución a un mero trámite administrativo a cargo de la Administración Penitenciaria y, sin posibilidad de control judicial³⁸.

B) En base a lo anterior se cuestiona que una vez firme la sentencia condenatoria se produzca el desasimiento del tribunal. En otras palabras, se cuestiona que el efecto de cosa juzgada produzca el término del proceso y el paso a una fase meramente administrativa.

Aceptar una formulación de esa naturaleza implicaría restringir el control jurisdiccional de la fase de ejecución penal. Pero, además, en términos prácticos, implicaría que la individualización de la pena quedaría en manos de la autoridad administrativa, sin intervención judicial³⁹.

C) La existencia de jueces penales especializados en la ejecución penal, pone entredicho que la ejecución penal tiene una naturaleza no jurisdiccional.

D) El propio contenido o, parte importante de las materias que forman parte del objeto del derecho penitenciario, tiene relación con la pena y, por ende, reconducirían el derecho penitenciario al derecho penal.

E) Se cuestiona la pertenencia del derecho penitenciario al derecho administrativo por las consecuencias perniciosas que ha acarreado a los internos la aplicación de la categoría de la relación de especial de sujeción en la relación jurídica penitenciaria. Como se verá en el siguiente capítulo, esta teoría sirvió para justificar y fundamentar

³⁸ Al respecto GONZALEZ CANO, María Isabel, ob. Cit., pp. 74-75.

³⁹ Ibid, pp. 74-76

que la población penal quedara expuesta al arbitrio y discrecionalidad de la Administración Penitenciaria.

2. El Derecho penitenciario como una parte del Derecho Penal.

De acuerdo a Sergio GARCÍA RAMIREZ es posible apreciar el carácter históricamente accesorio del derecho penitenciario respecto al derecho penal en tres diversas dimensiones⁴⁰.

En primer lugar, en una dimensión legislativa, por cuanto lo relativo a la pena y a la ejecución de la misma fue regulado, al menos en sus grandes lineamientos, por los códigos penales sustantivos.

En segundo lugar, en una dimensión doctrinal, dado que lo relativo al derecho penitenciario era abordado por las obras de derecho penal.

En tercer lugar, en una dimensión docente, lo que implicaba que estas materias formaban parte de las cátedras y cursos de derecho penal.

Lo anterior nos permite entender de mejor forma el porqué un sector importante de la doctrina penal ha considerado al derecho penitenciario como un apéndice o corolario del derecho penal, específicamente de la Teoría de la Pena, posición que hasta nuestros días mantiene adherentes.

En este sentido resultan suficientemente ilustrativos los planteamientos de Constancio BERNALDO DE QUIRÓS, quien en el primer capítulo de su libro “Lecciones de Derecho Penitenciario”, postula que esta disciplina sólo es un capítulo, sección o parte del Derecho penal que “[...] comienza inmediatamente después, a continuación de la parte, de la sección, del capítulo del Derecho Penal, dedicados a la aplicación de la pena”⁴¹.

2.1. Argumentos en que se funda esta postura:

A) El derecho penitenciario formaría parte de la Teoría de la Pena.

Enrique CURY sostiene que la parte fundamental del derecho penitenciario dice relación con la pena y su realización efectiva durante la ejecución. Por lo anterior es

⁴⁰ GARCÍA RAMIREZ, Sergio, ob. cit., p. 34.

⁴¹ BERNALDO DE QUIROS, Constancio. 1953. Lecciones de Derecho Penitenciario. México, Imprenta Universitaria, p. 11

que concluye que el derecho penitenciario no es más que una parte del derecho penal⁴². En términos similares Manuel de RIVACOBA y RIVACOBA sostiene que “[...] la ejecución no puede pertenecer a ninguna rama que no sea la de la pena, que es la misma que la del delito, el Derecho criminal o penal”⁴³.

B) La teoría alemana de los “tres pilares” o “tres columnas”⁴⁴. De acuerdo a esta teoría, el sistema penal, entendido como el complejo de momentos e instancias de aplicación del poder punitivo del Estado⁴⁵, estaría conformado por tres fases: el de la amenaza de la pena, conformado por el derecho penal; el de la imposición de la pena, conformado por el derecho procesal penal; y, por último, el de la ejecución de la sanción, conformado por el derecho de ejecución penal y derecho penitenciario.

Para los que adhieren a esta concepción unitaria del sistema penal, no basta que el derecho penal asocie a un determinado hecho (delito), una pena. Dado que el derecho penal está conformado por un conjunto de normas de carácter estático, se va a requerir en este sub-sistema de control social formal tanto del derecho procesal penal como de la ejecución penal para poder hacer efectivo el precepto penal.

Como señalan Juan BUSTOS y Hernán HORMAZABAL, “[...] el proceso de criminalización no se agota con la definición legal. Es necesario, además, que la ley se ponga en acción, esto es, que se aplique. Esto significa que frente a la violación efectiva de la norma penal es necesario que las demás instancias que integran el sistema penal reaccionen efectivamente ante la comisión de un delito. Sólo en ese

⁴² CURY, Enrique, ob. Cit., p. 116.

⁴³ DE RIVACOBA y RIVACOBA, Manuel. 2000. Objeto, funciones y principios rectores del denominado derecho penitenciario. Revista de Derecho, Consejo de Seguridad del Estado (2): 117-128 [en línea] Disponible en: < <https://www.cde.cl/wps/wcm/connect/758d2cc4-853e-4e56-a5aa0a8e122406b1/6.pdf?MOD=AJPERES>> [consultado el 14 de marzo de 2017]

⁴⁴ Para MAURACH el derecho penal en sentido amplio estaría conformado por tres columnas, siendo una de ellas la de la ejecución penal dentro de la cual se encontraría el derecho penitenciario. MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz. Derecho penal. 1994 .Parte general. Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible. Buenos Aires, editorial Astrea, pp. 30-31. En la misma línea, JESCHECK plantea que el derecho penal en sentido amplio se apoya en tres pilares que serían el derecho penal material, el derecho penal formal y el derecho de ejecución de la pena. JESCHECK, H.H. 1981. Tratado de Derecho Penal: Parte general. T. I. Barcelona, Bosh, p. 23; TAMARIT SUMALLA, Josep-María, et al, ob. cit., p. 24; CORBELLÀ DUCH, Josep, ob. cit., pp. 89 y ss.

⁴⁵ BERGALLI citado por ORTIZ QUIROGA, Luis y AREVALO CUNICH, Javier. 2013. Las consecuencias jurídicas del delito. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 11.

momento una persona adquiere el estatus social de delincuente. De esta forma, sólo llega a adquirir este estatus quien habiendo realizado un comportamiento punible, ha sido sometido a proceso y condenado⁴⁶.

En definitiva, la eficacia del sistema de control penal requiere no sólo de un mecanismo de producción de normas (criminalización primaria) sino también de un mecanismo de aplicación de las normas y de ejecución de las penas (criminalización secundaria).

Lo anterior implica sostener que el derecho penitenciario formaría parte de la última fase del iter de la pena, del ejercicio del ius puniendi del Estado. Sería una lógica prolongación derecho penal sustantivo y del derecho procesal penal en la esfera de las consecuencias jurídicas⁴⁷.

Por lo mismo el derecho de ejecución penal tendría un carácter accesorio, porque siempre va requerir del derecho penal, para que fije los delitos y las penas y, del derecho procesal penal, para que regule la actividad jurisdiccional hasta la sentencia condenatoria⁴⁸.

En nuestro derecho adhiere a esta concepción unitaria del sistema penal el profesor Carlos KUNSEMULLER. A su entender el ordenamiento penal estaría compuesto del derecho penal sustantivo, el derecho penal adjetivo y el derecho penal ejecutivo. Al respecto señala que “la tendencia moderna es proclamar la unidad del sistema penal, los tres segmentos deben ser parte de un todo, ya que de otra manera se rompe la necesaria unidad del Derecho Penal y, lo que es más grave, existe el peligro que desaparezcan o se aminoren los derechos y garantías que la Carta Fundamental consagra para todos los individuos de modo general, sean probos o no probos, sean respetuosos del derecho o infractores del mismo”⁴⁹.

La misma postura también es adoptada por Sergio POLITOFF LIFSCHTIZ el que está de acuerdo con la doctrina “[...] que otorga al Derecho de ejecución de las

⁴⁶ BUSTOS RAMIREZ, Juan y HORMAZABAL MALARÉE, Hernán. 1997. Lecciones de derecho penal. Volumen I. Madrid, Editorial Trotta, p. 19.

⁴⁷ HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco. 1989. Introducción a la criminología y al derecho penal. Valencia, tirant lo Blanch, p. 133.

⁴⁸ MARCÓ DEL PONT, Luis, ob. cit., p. 15

⁴⁹ KUNSEMULLER, Carlos. 2012. Derecho penal y política criminal. Santiago de Chile, Thomson Reuters, p. 638.

penas el carácter de una tercera área del Derecho Penal, junto al Derecho Penal material y al Derecho penal formal o adjetivo”⁵⁰.

C) Garantizar los derechos de los internos. Uno de los aspectos que más recelo ha causado en los penalistas en cuanto a considerar el derecho penitenciario como parte del derecho administrativo es la aplicación de la categoría de las relaciones de sujeción especial en el ámbito penitenciario⁵¹. Es por ello que a fin de hacer aplicable los principios y garantías emanadas del derecho penal a todos los internos es que se sostiene que por consideraciones políticas es conveniente vincular el derecho penitenciario al derecho penal. Para CURY “no se saca nada con asegurar la liberalización del régimen punitivo otorgando garantías al acusado frente a posibles excesos judiciales, si luego se abandona al condenado al arbitrio de los funcionarios penitenciarios. *No sólo el procesado tiene derechos que deben ser cautelados; también para el sentenciado deben regir garantías que tutelen la humanidad y la dignidad que deriva de ella.* Pero esto no se cumple cuando el proceso de ejecución de la pena se confía a una organización administrativa que dispone de facultades discrecionales y que, a veces, como ocurre en Chile con el Servicio de Gendarmería, está estructurada como un cuerpo paramilitar”⁵².

2.2. Críticas a esta posición:

A) El poco interés que han mostrado los penalistas en el estudio de la fase de ejecución de la pena. Durante muchos años el Derecho Penitenciario fue la cenicienta del Derecho Penal al permanecer olvidado por los grandes penalistas que se concentraron en el estudio de los fines de la pena y en la elaboración de la Teoría del Delito⁵³. Es por ello que HAZEWINKEL-SURINGA/REMMELINK, plantean que “la ciencia del derecho penal se preocupó a menudo en el pasado, injustamente, de exclusivamente el hecho punitivo como fenómeno jurídico, descuidando el estudio de sus consecuencias”⁵⁴.

⁵⁰ POLITOFF LISCHITZ, Sergio 1997. Derecho penal. Santiago, Editorial jurídica Conosur, p. 8.

⁵¹ NUÑEZ POBLETE, Manuel, ob. Cit., p. 15

⁵² CURY, Enrique, ob.cit., p. 116.

⁵³ MUÑOZ CONDE, Francisco. Prologo. En: MAPELLI CAFFARENA, Borja. 1983. Principios fundamentales del sistema penitenciario español, Barcelona, Bosch, p IX.

⁵⁴ Citado por POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, ob. cit., p.8.

En definitiva, no ha sido la pertenencia del derecho penitenciario al derecho penal lo que ha permitido que en la segunda mitad del siglo XX, en especial a partir de la dictación de las reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, paulatinamente empiece a cobrar importancia el estudio de las normas de ejecución penal y la protección jurídica de los internos.

B) Se cuestiona que el carácter complementario y accesorio del derecho penitenciario traiga como consecuencia que sea un corolario del derecho penal. No debe confundirse los presupuestos de la ejecución con la ejecución misma⁵⁵. En otras palabras, no por el hecho que el derecho de ejecución tenga su fuente en el derecho penal significa que sea una parte de éste.

Se trata de disciplinas que, si bien se encuentran estrechamente vinculadas, no por ello dejan de ser independientes al encargarse de regular ámbitos de la realidad diferentes.

Así, el derecho penal se encarga de determinar cuándo hay un delito punible, qué bien jurídico se va a afectar con la pena y los fines que ésta persigue. El derecho de ejecución penal, en cambio, determina los fines y formas de aplicación concreta de la pena⁵⁶. Su principal objetivo va ser regular el régimen penitenciario, es decir, la forma en que se va a llevar a cabo la ejecución de la pena privativa de libertad, lo que claramente escapa al ámbito de estudio del derecho penal⁵⁷.

C) El rol fundamental que tiene la Administración Penitenciaria en la fase de ejecución penal. Sostener que el derecho penal forma parte del sistema penal (del derecho penal en su sentido amplio) implica desconocer el rol preponderante que juega la Administración penitenciaria en la ejecución de la pena. Es por ello que Gonzalo RODRIGUEZ MOURULLO concluye que los tres sectores que conforman el derecho penal en sentido amplio, son tres ramas jurídicas independientes, perteneciendo el derecho penal de ejecución a la Administración⁵⁸.

D) Se ha planteado que el temor a la discrecionalidad administrativa no tendría mayor asidero en el actual estado del derecho administrativo. A juicio de

⁵⁵ MARCÓ DEL PONT, Luis, ob. cit., p. 27

⁵⁶ ZAFFARONI, Eugenio, ob. cit., pp. 204-205; MARCÓ DEL PONT, Luis, ob. cit., p. 26.

⁵⁷ ZAFFARONI, Eugenio, ob. cit. p. 200

⁵⁸ RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo. 1978. Derecho penal. Parte general. Madrid, Editorial Civitas, p..28.

Eduardo CORDERO el derecho administrativo ha ido elaborando una serie de técnicas destinadas a evitar la discrecionalidad de la administración, como la aplicación de los principios penales en el ámbito disciplinario y administrativo, o bien, permitiendo la posibilidad de obtener por vía jurisdiccional la revisión de los actos administrativos. En definitiva, se ha entendido que los órganos del Estado deben actuar conforme al ordenamiento jurídico, lo que implica que la Administración penitenciaria debe respetar y promover los derechos fundamentales de la población penitenciaria⁵⁹.

E) El progreso alcanzado por el derecho penitenciario. Seguir sosteniendo la pertenecía del derecho penitenciario al derecho penal es desconocer el enorme desarrollo que ha experimentado esta disciplina desde que se empezó a abrirse camino dentro de las ciencias penales en los primeros decenios del siglo XX.

3. El derecho penitenciario como una disciplina perteneciente al derecho procesal penal.

Para poder sostener esta tesis es necesario cuestionar previamente el concepto restringido de derecho procesal penal que sirvió como sustento a las tendencias administrativizadoras del derecho penitenciario.

Desde esta perspectiva ya no es posible sostener que el derecho procesal penal sólo se encarga de regular la etapa de conocimiento, es decir, la actividad que lleva a cabo el Estado para efectos de imponer una pena o medida de seguridad, sino que también se proyecta a la fase de ejecución, entendida como un segundo momento del derecho procesal penal⁶⁰. Es por ello que CARNELUTTI, uno de los principales propulsores de esta tesis, plantea que “creer que la condena agota el juicio penal es una de las peores supersticiones que ha oscurecido nuestra ciencia”.⁶¹

⁵⁹ CORDERO QUINZACARA, Eduardo, ob. Cit., p. 10 y 16.

⁶⁰ RIVERA BEIRAS, Iñaki y SALT, Marcos. 2005. Los derechos fundamentales de los reclusos. España y Argentina. Buenos Aires, Editores del Puerto, p. 261; RIVERA BEIRAS, Iñaki. 1997. La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos. La construcción jurídica de un ciudadano de segunda categoría. Barcelona, José María Bosch Editor, p. 243.

⁶¹ Citado por RIESCO, María Luisa. Proposición de reforma para la inclusión del juez de ejecución de pena. En: COOPER, James “et al” (Eds.). 2005. Estado de derecho y reformas a la justicia. Santiago, GTZ Chile, p. 523. Cabe señalar que desde el ámbito penal Edmund MEZGER adhiere a esta tesis al

3.1. Argumentos a favor de esta posición:

A) La concepción unitaria del proceso penal. De acuerdo a esta tesis sustentada por Francesco CARNELUTTI el proceso penal no concluye con la dictación de la sentencia condenatoria por parte del juez, sino que el proceso se prolonga a través de la fase de ejecución hasta la completa extinción de la pena.

Para el jurista italiano en el proceso penal se distinguirían dos fases: una procesal jurisdiccional, que se identificaría con la fase de conocimiento y, una procesal penal ejecutiva, que sería un proceso no jurisdiccional.

Respecto a esta última fase señala que “cuando no se trata ya de pretensión discutida sino de pretensión insatisfecha, para que se alcancen entonces los fines del ordenamiento jurídico es necesario, no la formación, sino la efectuación del mandato. El proceso (conjunto de actos) necesario para la efectuación del mandato se llama ejecución”⁶².

B) La judicialización de la ejecución de la pena. La tendencia a la jurisdiccionalización de la ejecución de la pena privativa de libertad tiene por base la protección de los derechos fundamentales de la población penal y la limitación de los poderes de la Administración.

Estos fines quedan palmariamente de manifiestos en el artículo 76 de la Ley Orgánica General Penitenciaria española del año 1979 cuando dispone que “el juez de vigilancia tendrá atribuciones para [...] salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse”.

Lo que se pretende, en definitiva, con la judicialización de la ejecución de las penas privativas de libertad es que a esta fase se le apliquen los principios y garantías del derecho procesal penal⁶³.

En nuestro derecho adhieren a esta tesis ARTAZA VARELA y PALACIOS MARTINEZ, quienes señalan que “[...] partimos de la base que la ejecución de la

sostener que tanto la ejecución y el cumplimiento de la pena forman parte del derecho procesal y no del derecho penal. En Derecho penal. Libro de estudio. Parte general., Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1958, p. 386

⁶² Citado por GONZALEZ CANO, Maria Isabel, ob. Cit., p. 79.

⁶³ Ibid, p. 243.

pena privativa de libertad es una actividad jurisdiccional inseparable del resto del proceso penal constituyendo su última fase. Por ende, la consecuencia inmediata de ello es que todas las garantías y principios concretos que dan naturaleza y cuerpo al proceso penal, tendrían que ser aplicables mientras éste dure, incluyendo el derecho a defensa el cual es uno de los pilares del debido proceso”⁶⁴.

3.2. Críticas a esta posición:

Pese a lo loable que sean las intenciones y motivos que subyacen a los planteamientos de aquellos que adhieren a la teoría de la naturaleza jurisdiccional de la ejecución de la pena, lo cierto es que estas posturas no han estado exentas de críticas.

A continuación, mencionaremos los principales cuestionamientos que se le han realizado:

A) A la tesis de CARNELUTTI se le cuestiona la distinción que realiza entre la función procesal como “genus” y la función jurisdiccional como “species”. Esta concepción no jurisdiccional de la fase de ejecución, hace difícil diferenciar una ejecución de una sentencia penal de una ejecución administrativa⁶⁵.

B) Estas teorías no prestan la suficiente atención al rol fundamental que cumplen los órganos administrativos penitenciarios en la fase de ejecución de la pena. En este sentido, estos planteamientos no se hacen cargo de cómo se articularía y relacionaría la autoridad judicial con las autoridades administrativas, lo que puede generar conflictos entre ambas esferas de actuación del Estado⁶⁶.

C) Las normas penitenciarias no pueden ser entendidas como normas de carácter procesal. No se encargan de regular la organización de un Tribunal ni el ejercicio de la actividad jurisdiccional. Por lo mismo no se debe confundir la ejecución (que tendría un carácter procesal) con el cumplimiento de la pena privativa de libertad (que no tendría este carácter)⁶⁷.

⁶⁴ ARTAZA VARELA, Osvaldo y PALACIOS MARTINEZ, Marcela. 2006. De las libertades en el régimen penitenciario. Santiago, editorial Jurídica Congreso, p. 153

⁶⁵ GONZALEZ CANO, María Isabel, ob. Cit., p. 80.

⁶⁶ Ibid, pp.82-83

⁶⁷ TAMARIT SUMALL, Josep María, et al, ob. cit., p 22.

D) El desasimiento del juez penal. Tal como se mencionó anteriormente, un sector de la doctrina ha sostenido que con la dictación de la sentencia penal, la función del juez penal terminaría. Así para MARCÓ DEL PONT, “El juez penal nada tiene que hacer, salvo en caso de apelación o recurso, sobre la aplicación efectiva de la pena. El dictó su sentencia y ahí terminó su función. La práctica indica que no tiene relación alguna con el sentenciado. No conoce la vida de éste en la prisión, tampoco sus problemas, y mucho menos su “readaptación social”. En consecuencia no es la persona indicada para resolver la ejecución de la pena”⁶⁸.

E) Naturaleza del control de la fase de ejecución penal. En España antes que se instaurara la figura del juez de vigilancia, por la Ley Orgánica General Penitenciaria de 26 de septiembre de 1979, El Tribunal Supremo sostenía que sólo se podía fiscalizar judicialmente la actividad penitenciaria a través de un proceso contencioso, porque pese a que la ejecución de una sentencia en el procedimiento criminal correspondía a la autoridad judicial penal, no se puede pasar por alto que en la fase de cumplimiento de la pena privativa de libertad, junto con el imperium del tribunal penal, aparece la actividad de la Administración Penitenciaria que, en el ejercicio de sus funciones y por aplicación de las normas penitenciarias, dictaba actos administrativos cuya revisión era de competencia exclusiva de los Tribunales Contenciosos⁶⁹.

Con esto se reducía al mínimo la posibilidad de los tribunales penales de intervenir en la fase de ejecución de las penas privativas de libertad.

F) Funciones de los jueces de ejecución penal. En España, por último, a los Jueces de Vigilancia penitenciaria les corresponde ejercer tanto funciones de naturaleza jurisdiccional como otras de naturaleza administrativas, por lo que tendrían un carácter mixto jurisdiccional-administrativo⁷⁰.

⁶⁸ MARCÓ DEL PONT, Luis, ob. Cit., p. 31

⁶⁹ CANO MATA, Antonio. 1981. La actividad administrativa penitenciaria y su fiscalización por el juez de vigilancia”. Revista de Administración Pública (95), p. 156.

⁷⁰ TAMARIT SUMALL, Josep María, et al, ob. cit., pp 22-23..

4. Teoría de la naturaleza mixta del derecho penitenciario.

De acuerdo a estas teorías el derecho penitenciario y la ejecución de las penas privativas de libertad estaría integrado tanto por normas pertenecientes al derecho penal, derecho procesal penal y derecho administrativo.

Es a esta postura a la que adhieren, entre otros y, como se verá a continuación, Giovanni LEONE y Vincenzo MANZINI.

4.1. Argumentos a favor:

Para el procesalista italiano, Giovanni LEONNE, la ejecución penal es “[...] aquel conjunto de actos necesarios para la concreta actuación de la sanción que se encuentra contenida en una sentencia que es de condena”⁷¹.

A su juicio esta ejecución pertenece tanto a la esfera del derecho penal, del derecho procesal como del derecho administrativo. En efecto, al hacerse cargo de los problemas que ha generado el carácter de la ejecución penal concluye “[...] que el instituto hunde sus raíces en tres sectores distintos: en lo que respecta a la vinculación de la sanción con el derecho subjetivo estatal de castigar, la ejecución entra en el derecho penal sustancial; en lo que respecta a la vinculación con el título ejecutivo, entra en el derecho procesal penal; y en lo que atañe a la actividad ejecutiva verdadera y propia, entra en el derecho administrativo, dejando siempre a salvo la posibilidad de episódicas fases jurisdiccionales correspondientes, como veremos, a las providencias del juez de vigilancia y a los incidentes de ejecución”⁷².

De esta forma, a juicio de este autor, no se puede deducir el carácter jurisdiccional de esta fase por el sólo hecho que la legalidad y eficacia de los actos coercitivos de los órganos de la administración se sustenten en un acto jurisdiccional (sentencia condenatoria), ni tampoco por las intervenciones de los tribunales en esta fase, pues como recalca, “[...] la intervención efectiva y actual de la jurisdicción se da solamente en casos determinados y explícitamente enucleados (incidentes de ejecución y providencias del juez de vigilancia)”⁷³.

⁷¹ LEONE, Giovanni. 1963. Tratado de derecho procesal penal. Volumen III. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-America, pp. 471-472.

⁷² Ibid, pp. 472-473.

⁷³ Ibid, p. 473.

En la misma línea, Vincenzo MANZINI entiende por ejecución penal “[...] la aplicación autoritaria, y en caso de necesidad coactiva, de las disposiciones de una providencia jurisdiccional; esto es, una aplicación mediata de la voluntad, de la ley hecha por el órgano ejecutivo del Estado”⁷⁴.

Esta ejecución da lugar a una relación jurídica de derecho público entre el Estado y el sujeto respecto del cual se lleva a cabo esa ejecución.

Teniendo claro lo anterior, la pregunta que queda por resolver entonces es si esa relación jurídica de derecho público se encuadra dentro de la órbita del derecho penal, del derecho procesal penal o del derecho administrativo.

Para este autor no hay una sola respuesta correcta. Considera que todas las teorías, que ya hemos tenido ocasión de revisar, tienen una parte o cuota de razón, pues a su juicio, la ejecución penal participaría tanto de una naturaleza jurisdiccional como material o sustantiva (penal y administrativa).

Para ello el procesalista italiano distingue entre la esfera de la ejecución procesal y de la ejecución material.

- a) **Ejecución procesal.** Corresponde al ámbito del derecho procesal penal y comprende las normas que dicen relación con las condiciones y presupuestos de ejecutabilidad de la resolución (decisión jurisdiccional, título ejecutivo y capacidad de sumisión), que establecen el órgano que se encomienda de promover la ejecución (no de aplicarla materialmente) y que regulan los incidentes de ejecución, esto es, aquellas controversias que surgen en la fase de ejecución de la sentencia penal⁷⁵. Con respecto a esto último, sostiene que frente a este tipo de conflictos se configura una relación jurídica procesal de ejecución⁷⁶.
- b) **Ejecución material.** Dice relación con la realización, modificación, extinción o desconocimiento de la pretensión punitiva del Estado. Dentro de estas normas habrían algunas que pertenecen al derecho penal (normas que dicen relación con la pena, sus condiciones, modificaciones y límites) y otras, en cambio, que

⁷⁴ MANZINI, Vincenzo. 1954. Tratado de derecho procesal penal. Tomo V. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, p. 311.

⁷⁵ Ibid, p. 314.

⁷⁶ Ibid, p. 323.

pertenecen al derecho administrativo (normas relativas al régimen penitenciario y de las ordenación interna de los establecimientos penales)⁷⁷.

4.2. Crítica a esta postura:

A las teorías mixtas de la ejecución penal, la principal crítica que se les puede realizar dice relación con que dan a entender que el proceso penal culmina con la sentencia firme, por lo que la actividad de ejecución no sería propiamente procesal, salvo frente a determinadas controversias que se susciten durante la ejecución material de la pena y que van a requerir para su solución de la intervención de la autoridad judicial. En definitiva, como sostiene GONZALEZ CANO, estas posturas no difieren sustancialmente de aquellas emanadas desde la órbita del derecho administrativo, que admiten en esta fase la intervención de los órganos jurisdiccionales de manera esporádica (cuando se suscite un incidente de ejecución), pero negándose a concebir al proceso penal como un proceso dinámico y unitario.⁷⁸

5. **Autonomía del derecho penitenciario.**

Es en Italia, en la década del treinta del siglo pasado que un grupo de juristas liderados por la figura emblemática de Giovanni NOVELLI, que se empieza a sostener no sólo la existencia del derecho penitenciario sino también la idea de su autonomía científica y normativa⁷⁹.

Cabe señalar que en la década del veinte de la pasada centuria en Italia empieza a cobrar fuerza la idea de sistematizar el ordenamiento penitenciario como una disciplina jurídica autónoma, planteamiento que se mantendrá y profundizará en la década siguiente gracias a la importancia que le otorgó el partido fascista italiano al sistema penal y penitenciario como la vía de reforma del delincuente. Así, el año 1930 se va a dictar un nuevo Código Penal y el 18 de Junio de 1931, siendo NOVELLI Director de la “Direzione generale per gli istituti di prevenzione e di pena”, se dicta un nuevo reglamento penitenciario⁸⁰.

Junto a la sistematización del ordenamiento penitenciario en la década del

⁷⁷ ibid, pp. 313-314.

⁷⁸ GONZALEZ CANO, María Isabel, ob. Cit., p. 86.

⁷⁹ TELLEZ AGUILERA, Abel, ob. cit., p. 4.

⁸⁰ TELLEZ AGUILERA, Abel, ob. cit., p. 1.

treinta en Italia van a ocurrir una serie de eventos que serán claves para que un grupo de juristas italianos empiecen a afirmar la autonomía del derecho penitenciario⁸¹.

En primer lugar, el año 1931 se comienza a impartir en la Real Universidad de Roma, la primera cátedra de Derecho Penitenciario dentro de la Escuela de Perfeccionamiento en Derecho Penal.

En segundo lugar, el año 1930 NOVELLI funda la “Rivista di Diritto Penitenziario”, medio que utilizarán sus colaboradores para difundir la idea de la autonomía del derecho penitenciario.

En tercer lugar, el 12 de enero de 1933, NOVELLI va a dictar una conferencia en la Real Universidad de Roma que lleva como título “L’ autonomía del diritto penitenziario”, la que se publicará en la citada revista en el número correspondiente a enero-febrero del mismo año. El fundamento principal de sus ideas autonomistas se sustentan en el desarrollo normativo que ha alcanzado el Derecho Penitenciario y que hacen necesario su sistematización orgánica y su desarrollo científico⁸².

En cuarto lugar, en 1935 Francesco SIRACUSA va a publicar el primer manual de derecho penitenciario titulado “Instituzioni di Diritto Penitenziario”.

La autonomía del derecho penitenciario se manifestaba entonces para estos autores en un triple orden⁸³:

- a) **La autonomía científica:** En la creación de una cátedra en la Real Universidad de Roma dedicada a la enseñanza del derecho penitenciario;
- b) **La autonomía legislativa:** Se reconocía por estos autores que todavía no se había alcanzado dado que la normativa de ejecución penal se encontraba difuminada en los códigos penales y de procedimiento penal, pese a que existía normativa a nivel reglamentario;
- c) **La autonomía jurídica:** Se funda en que el Derecho Penitenciario constituye

⁸¹ Ibid, pp. 8 y ss.

⁸² Al respecto señala que “el particular desarrollo de las instituciones penales en la fase de ejecución, justifica del mismo modo, la autonomía del derecho penitenciario, porque es sabido que la autonomía de un derecho, frente a aquél que contiene los principios fundamentales, puede surgir de dos circunstancias: de constituir un complejo de normas, verdadera y propia desviación del derecho originario, o de haber alcanzado una parte de este derecho originario tal desarrollo que merezca el surgimiento de un distinto ordenamiento jurídico”. Citado por TELLEZ AGUILERA, Abel, ob. cit., p. 20.

⁸³ AVILA HERRERA, José, ob. cit., pp. 9-10

un ordenamiento jurídico distinto cuyas normas están unidas por la finalidad de llevar a cabo la ejecución penal y de lograr la readaptación social del sentenciado.

En España, es en la década de los 80, que empieza a asentarse la idea de la autonomía del derecho penitenciario a partir principalmente de la publicación el año 1986 de los artículos de Borja MAPELLI CAFFARENA “La autonomía del Derecho Penitenciario”, en la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense y, de Carlos GARCÍA VALDÉS, “Sobre el concepto y contenido del derecho penitenciario”, en la revista Cuadernos de Política Criminal.

En este último artículo GARCÍA VALDÉS sostiene que “las fuentes, el objeto científico de su conocimiento, y su autonomía jurisdiccional hacen realidad el sueño de Novelli y los autores agrupados, en los comienzos de la década de los años treinta, en torno a la *Rivista di Diritto Penitenziario*, y conforman la autónoma naturaleza de esta disciplina”⁸⁴.

MAPELLI CAFFARENA, por su parte, postula una autonomía relativa del derecho penitenciario debido a la relación que tiene con el derecho penal. Con posterioridad retomará el debate en torno a la autonomía del derecho penitenciario y en su libro “Las consecuencias jurídicas del delito”, utilizará el término “autonomía integradora”, lo que implica que si bien es un derecho autónomo al derecho penal y procesal, al tener su propio contenido, con ellos forma el sistema jurídico penal, nutriéndose de los principios generales del sistema penal y aportando sus propios principios emanados de la relación jurídico-penitenciaria⁸⁵.

En nuestro continente se han manifestado abiertamente a favor de la autonomía del derecho penitenciario Sergio GARCÍA RAMIREZ y Luis MARCÓ DEL PONT.

Para el primero, “el derecho penitenciario goza de autonomía. La fuente de ésta es su diverso objeto con respecto a las demás ciencias del crimen, al menos de objeto de segundo grado, que pudiera decirse: la ejecución de la pena privativa de

⁸⁴ GARCÍA VALDÉS, Carlos. Ob. cit, p. 11

⁸⁵ MAPELLI CAFFARENA, Borja y TERRADILLOS BASOCO, Juan., ob. cit. p. 115. A esta postura adhieren TAMARIT SUMALLA, Josep-María “et al”, ob. cit., p. 24; GRACIA MARTÍN, Luis y ALASTUEY DOBÓN, Carmen, en ob. cit. p. 353;

libertad, puesto que el primero, el último y central-delito y delincuente, pena y medida de seguridad-lo comparte con aquéllas y es por ello que se trata, en definitiva, de una ciencia penal”⁸⁶.

El segundo sostiene que “somos partidarios de la autonomía por la enorme importancia que ha adquirido esta rama del Derecho, por la naturaleza especial de su andamiaje jurídico, por los objetivos y fines distintivos, y por los caracteres diferentes a las otras ciencias. Reconocemos que es un tema polémico, pero la realidad nos inclina a adoptar esta postura.”⁸⁷

5.1. Argumentos a favor de esta tesis:

De acuerdo a GARCÍA VALDÉS la autonomía del derecho penitenciario se sustenta en tres razones fundamentales⁸⁸:

A) Por las fuentes: Como señala RODRIGUEZ ALONSO, la autonomía del derecho penitenciario por razón de las fuentes se funda en que “las normas que regulan la relación jurídico penitenciaria va constituyendo un cuerpo de normas y doctrina independientes de las que establecen los delitos y las penas (Derecho Penal Material o Sustantivo) y de las que regulan el proceso (Derecho Penal Formal o Procesal)”⁸⁹.

En este sentido para GARCÍA es de suma importancia la dictación en España, el 26 de septiembre de 1979, de la Ley Orgánica General Penitenciaria, con la cual el Derecho Penitenciario a su juicio alcanza el más alto rango legislativo dado que desde su aprobación la ejecución de las penas y medidas privativas de libertad no queda exclusivamente librado a la potestad reglamentaria de la Administración⁹⁰.

B) Por su específico objeto científico de conocimiento. Su objeto de estudio es la normativa que regula la ejecución de las penas y medidas privativas de libertad.

⁸⁶ GARCÍA RAMIREZ, Sergio, ob. cit., p. 32

⁸⁷ MARCÓ DEL PONT, Luis, ob. cit., p. 16.

⁸⁸ GARCIA VALDÉS, Sergio, ob. Cit., p. 11.

⁸⁹ RODRIGUEZ ALONSO, Antonio., ob. cit., p. 2.

⁹⁰ GARCÍA VALDÉS, Sergio, ob. cit., p. 12

C) Por tener su propia jurisdicción. Aparece la figura del juez de vigilancia penitenciaria que tiene como principal función la de fiscalizar la adecuada aplicación de las normas de ejecución y garantizar los derechos de los internos.

5.2. Críticas a esta postura:

A) Se cuestiona que tenga un objeto de estudio propio. Desde que NOVELLI planteara la autonomía del derecho penitenciario, se han alzado voces que se han opuesto a tal pretensión.

Uno de los primeros ataques a las ideas postuladas por el grupo liderado por NOVELLI se dirige en contra de la supuesta autonomía en razón de su objeto de estudio. Pietro MARSHIP sostenía que no existe un campo propio del derecho penitenciario que ya no fuera estudio de otras disciplinas. De acuerdo a este autor “la doctrina penitenciaria [...] no existe como doctrina autónoma, pues: si ella comprende el estudio de la finalidad de la pena y de su razón de ser, sea igualmente en las relaciones con la ejecución, tal estudio entra entonces en los confines de la Filosofía del Derecho; si ella comprende el contenido de la pena, es un estudio del Derecho Penal; si ella estudia el sistema de expiación en relación a las condiciones de las cárceles, a la forma de pago de las penas pecuniarias, es un capítulo de la ciencia de la Administración; si ella estudia la eficacia psicológica o la ética de la pena, es un capítulo de la psicología o de la moral; y, en fin, si estudia el valor jurídico y la forma de los actos coercitivos que se dirigen contra la persona del reo, entonces tal estudio entra en la doctrina del proceso”⁹¹.

B) Normas que conforman el derecho penitenciario. Para Eugenio CUELLO CALÓN y Ferruccio FALCHI, al examinar el contenido del derecho penitenciario se puede apreciar que las normas jurídicas que lo componen carecen de originalidad al estar formadas principalmente por disposiciones provenientes del derecho penal material, del derecho procesal penal y del derecho administrativo⁹².

C) Unidad del sistema penal. Como hemos tenido ocasión de revisar, una parte importante de la doctrina sostiene que existen tres derechos penales, ramas de

⁹¹ Citado por TELLEZ AGUILERA, Abel, ob. cit., p. 22.

⁹² CUELLO CALÓN, Eugenio, ob. cit., p. 11; FALCHI, Ferruccio citado por GARRIDO GUZMÁN, Luis, ob. cit., p. 6.

un mismo tronco, como son el derecho penal sustantivo, el derecho penal procesal y el derecho penal penitenciario⁹³.

Idea similar sostendrá Antonio QUINTANO RIPOLLÉS para oponerse a la independencia total del derecho penitenciario al menos con respecto al derecho penal. De esta forma el derecho penitenciario, el derecho procesal y el derecho penal formarían parte del Derecho represivo en sentido amplio⁹⁴.

Pese a lo anterior, hoy parecieran ser más las voces que se manifiestan a favor de la autonomía del derecho penitenciario. Así, para FERNÁNDEZ GARCÍA, salvo algunas opiniones minoritarias, empieza a afianzarse en nuestros días la idea de la autonomía del derecho penitenciario en base a la importancia que tiene en la actualidad la pena privativa de libertad⁹⁵. Por su parte, GARRIDO GUZMÁN, señala que las posturas en contra de la autonomía son cada vez más minoritarias dado la proliferación de las normativas de ejecución de la pena privativa de libertad que se han dictado a partir de las Reglas Mínimas de Ginebra del 1955⁹⁶,

⁹³ FALCHI, Ferruccio citado por GARRIDO GUZMÁN, Luis, ob. cit., pp. 6-7.

⁹⁴ QUINTANO RIPOLLES, Antonio. Modernos aspectos de las instituciones penitenciarias iberoamericanas. Cuarta ponencia para el I Congreso Hispano-luso-americano y filipino penal y penitenciario. [en línea] Anuario de derecho penal y ciencias penales, Tomo V (2): p. 316. <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2771088>> [Consulta 16 de marzo de 2017]

⁹⁵ FERNÁNDEZ GARCÍA, Julio, ob. cit., pp. 109-110.

⁹⁶ GARRIDO GUZMÁN, Luis, ob.cit., p. 7.

CAPÍTULO II. NATURALEZA DE LA EJECUCIÓN DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD Y DEL DERECHO PENITENCIARIO EN CHILE.

1. Planteamiento del problema.

Para efecto de poder establecer cuál es la naturaleza jurídica del derecho penitenciario chileno debemos previamente realizar un análisis de las principales características y rasgos distintivos de nuestro actual sistema de ejecución de penas privativas de libertad.

En este sentido, concordamos con el análisis propuesto en España, por Antonio CANO MATA, en cuanto a que más allá de las formulaciones teóricas propuestas por la doctrina, la naturaleza jurídica del derecho penitenciario se determina y configura, en última instancia, por el propio ordenamiento jurídico penitenciario⁹⁷.

En otras palabras, la naturaleza jurídica del derecho penitenciario no se puede determinar en base al análisis de su entidad ontológica (esencia, contenido y finalidad), sino a partir de la revisión de la normativa jurídica imperante y de las instituciones y entidades que intervienen en la fase de ejecución penal tal como se realizará en este capítulo.

Es por ello que, a continuación, nos concentraremos en el análisis de nuestra actual normativa penitenciaria, de la relación jurídica penitenciaria (sujetos que la integran y sus principales características), los entes estatales que tienen

⁹⁷ CANO MATA, Antonio, "Derecho administrativo penitenciario: Protección al recluso", ob. cit., pp. 34 y ss.

competencia en materia penitenciaria y, por último, el mecanismo de control externo de la actividad penitenciaria.

2. Análisis de las principales características del ordenamiento jurídico penitenciario chileno.

A partir de la revisión de los principales cuerpos normativos que rigen el sistema penitenciario chileno se pueden desprender las siguientes características:

2.1. Ausencia de una ley de ejecución penal.

Uno de los rasgos distintivos de nuestro sistema de ejecución penal es que no existe, a diferencia de lo que ocurre en otros países, como Alemania, España o Argentina, una ley que regule de manera orgánica y unitaria todo lo relativo a la ejecución de penas y a las medidas de seguridad⁹⁸.

Esto trae aparejada dos principales consecuencias⁹⁹:

a) Que la normativa penitenciaria chilena se encuentre fragmentada y dispersa:

En la Constitución Política de la República (CPR), pese a que no hay ningún artículo que haga alusión expresa a la ejecución de las penas privativas de libertad, como ocurre con el artículo 25 N° 2 de la Constitución española, sí hay normas generales referentes al principio de legalidad de las penas (art. 19 N°3), a la libertad personal (art. 19 N°7), al recurso de amparo (art. 21) y a la facultad exclusiva de los tribunales de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (art. 76). También resulta de especial

⁹⁸ Al respecto se puede consultar HEISEL, Andrea; MONTANÍA, Carmen; ROLON, Jorge (compiladores). 2005. Legislación penitenciaria y de ejecución penal en el derecho comparado (Alemania, Argentina, Bolivia, Brasil, El Salvador, España, Guatemala, Nicaragua, Perú). Colección de Derecho penitenciario y ejecución penal. Tomo IV. Paraguay, Cooperación Técnica Alemana GTZ, 582p.

⁹⁹ HORVITZ LENNON, María Inés y LOPEZ MASLE, Julian. 2004. Derecho procesal penal chileno. Tomo II. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, p. 589; VALENZUELA, Jonatan. 2005. Estado actual de la reforma al sistema penitenciario chileno. Revista de Estudios de la Justicia (6), p. 192; ARRIAGADA GAJEWSKI, Isabel y SILVA OLIVARES, Guillermo. 2014. La justicia ausente. El sistema penitenciario y el control judicial de la ejecución de la pena privativa de libertad en Chile. En: AROCENA, Gustavo (director). El control judicial de la cárcel en América Latina. Buenos Aires, Ediar, pp. 105-107.

trascendencia el artículo 5 de nuestra carta fundamental en cuanto le otorga pleno valor normativo a los tratados internacionales ratificados y que se encuentren vigentes.

Por su parte, a nivel legal, existen normas tanto en el Código Penal (CP: arts. 79, 80, 86), el Código Orgánico de Tribunales (COT: art. 14 letra f, art. 113, art. 567 y ss.) y el Código Procesal Penal (CPP: 466 y ss.) atinentes a la ejecución de las penas privativas de libertad. También debe mencionarse la Ley Orgánica Constitucional de Gendarmería de Chile (LOGCH), el Decreto Ley N° 2859 del año 1979; la Ley 18.216 (modificada por la ley 20.603) que establece penas que indica como sustitutiva a las penas privativas o restrictivas de libertad; el Decreto Ley 321 del año 1925 sobre libertad condicional; la Ley 19.856 que crea un sistema de reinserción social de los condenados sobre la base de la observación de buena conducta¹⁰⁰.

b) Que el núcleo fundamental de la normativa penitenciaria se encuentre regulado en un reglamento.

Nuestro derecho de ejecución de penas históricamente ha sido regulado por vía reglamentaria, tal como queda de manifiesto a lo largo del siglo XX con el Decreto N°805 de 1928, el Decreto Supremo N° 1771 de 1993 y, por el Decreto Supremo N° 518 (REP) del año 1998 que, con una serie de modificaciones (Decreto N° 1248 de 2005; Decretos N° 943 y 617 de 2011; Decreto N° 924 de 2016), se encuentra vigente hasta el día de hoy¹⁰¹.

Es precisamente en este último cuerpo normativo en que se regulan las principales materias relativas a la ejecución material de las penas privativas de libertad, tales como, los principios rectores que deben regir la actividad penitenciaria

¹⁰⁰ Para un análisis de esta normativa se puede consultar la tesis de ALMONACID ZAPATA, Pamela. 2013. Ley de ejecución de penas. Realidad normativa de Chile y análisis de derecho comparado. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de derecho, pp. 16-66.

¹⁰¹ Para un análisis de las principales normas que han regulado el sistema penitenciario chileno se puede consultar: DURÁN MENCHACA, Carlos y ELÍAS MUSALEM, Esteban. 1997. La evolución del régimen penitenciario chileno durante el siglo XX (1910-1995). Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago de Chile, Universidad Central, Facultad de Derecho, pp. 78 y ss; GONZALEZ VILLAGRÁN, Rafael, ob .cit., pp. 69 y ss.

(título preliminar, arts. 1 al 10), los establecimientos penitenciarios (título primero, arts. 11 al 23), el régimen penitenciario (título segundo, arts. 24 al 32), los derechos y obligaciones de los internos (título tercero, arts. 33 al 74), el régimen disciplinario (título cuarto, arts. 75 al 91), las actividades y acciones para la reinserción social (título quinto, arts. 92 al 115) y lo relativo a la administración de los establecimientos penitenciarios (título sexto, arts. 116 al 120)¹⁰².

Es por la trascendencia de las materias que regula este reglamento que se ha señalado que en nuestro ordenamiento jurídico viene a cumplir las funciones de una Ley General Penitenciaria¹⁰³.

2.2. Relación jurídica penitenciaria.

Es aquella que se produce entre la población penal y el Estado, representado por la Administración Penitenciaria, que tiene su origen en un título jurídico constituido por la orden de detención, la resolución que decreta la prisión preventiva o la sentencia condenatoria¹⁰⁴.

A continuación, revisaremos los sujetos que integran la relación jurídica penitenciaria y sus principales características.

2.2.1. Sujetos de la relación jurídica penitenciaria.

En base a lo dispuesto en los artículos 1 y 3 del Decreto 518, se desprende que el vínculo jurídico, de derecho público, se va a generar entre la Administración Penitenciaria y la población penal conformada por las personas detenidas, sujetas a prisión preventiva o condenadas.

a) Administración penitenciaria.

Por tal debemos entender al operador penitenciario, a aquel ente administrativo que el legislador le ha encomendado, como función principal, la ejecución material de las penas privativas de libertad o el cumplimiento de una medida cautelar personal como la detención o prisión preventiva. Así se desprende

¹⁰² ARRIAGADA GAJEWSKI, Isabel y SILVA OLIVARES, Guillermo, ob .cit, p. 106.

¹⁰³ CARNEVALI, Raúl y MALDONADO, Francisco. 2013. El tratamiento penitenciario en Chile. Especial atención a problemas de constitucionalidad. [en línea].Revista Ius et Praxis 19 (2), p. 406. <<https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v19n2/art12.pdf>>

¹⁰⁴ KENDALL GRAIG, ob. Cit., p. 23.

del artículo 3 del REP al señalar que por “Administración penitenciaria” o “administración” debe entenderse Gendarmería de Chile.

A este Servicio Público, dependiente del Ministerio de Justicia, le va corresponder atender, vigilar y contribuir a la reinserción social de aquellas personas que por resolución de autoridad competente fueren detenidas o privadas de libertad (artículo 1 del DL 2859, que fija la ley orgánica de Gendarmería de Chile).

En base a lo anterior es que se desprenden las tres funciones principales que le corresponde cumplir a Gendarmería de Chile en la fase de ejecución material de las penas privativas de libertad¹⁰⁶:

- a) **Atención:** Corresponde a todas aquellas acciones a través de la cual se va a intentar proporcionar a la población penal una serie de condiciones básicas de infraestructura, higiene ambiental, alimentación, vestuario, aseo personal, educación, trabajo, deportes y recreación, de tal forma de aminorar el deterioro físico y psicológico que pueda acarrear la privación de libertad y, facilitar, al mismo tiempo, el ejercicio de los derechos no restringidos por la reclusión.
- b) **Vigilancia:** Se trata de la actividad ejercida por la Administración Penitenciaria que implica la observancia activa, atenta y personalizada de las personas puestas a su disposición con el fin de evitar cualquier acción que pueda atentar con el cumplimiento efectivo de la pena o medida cautelar impuesta. El desarrollo de esta acción va encaminada, en definitiva, a evitar fugas de la población penal, a velar por el régimen interno de los establecimientos y, a controlar los accesos de personas y bienes a los establecimientos penitenciarios.
- c) **Asistencia:** Corresponde a las acciones que lleva a cabo el Servicio, directamente o por terceros, dirigidas a modificar las conductas y motivaciones que inciden en la génesis de los actos delictivos de las personas condenadas y en la preparación del individuo para su incorporación activa en el medio libre. Con ello se pretende que

¹⁰⁶ VERGARA CISTERNA, Luis. 2006. Manual penitenciario: Bases para el trabajo carcelario y su transformación. Santiago, GTZ-Chile, pp. 71 y ss.

Gendarmería contribuya a la reinserción social de las personas puestas a su disposición durante el período de permanencia y egreso del sistema penitenciario.

Por otra parte, es necesario referirnos brevemente al Alcaide y personal penitenciario puesto que dentro de la estructura piramidal y jerarquizada de Gendarmería de Chile van ser los que van estar en contacto directo con la población penal.

a.1) Alcaide.

De acuerdo al artículo 117 del REP “los jefes de los Complejos Penitenciarios, Centros Penitenciarios Femeninos, Centros de Cumplimiento Penitenciario y Centros de Detención Preventiva, serán autoridades unipersonales que se denominarán Alcaldes.”

Dentro de las principales funciones de los Jefes de Establecimientos podemos destacar las siguientes¹⁰⁸:

- i. **Imponer sanciones disciplinarias.** De acuerdo al art. 82 del REP toda sanción va ser aplicada por el jefe del establecimiento en donde se encuentra el interno. Se volverá sobre este punto en el cuarto capítulo de esta tesis.
- ii. **Conocer y resolver las peticiones de los internos.** Conforme al art. 58 del REP “los internos tendrán derecho a efectuar peticiones a las autoridades penitenciarias, las que deberán efectuarse en forma individual, verbalmente o por escrito, debiendo ser necesariamente cursadas y contestadas por escrito o verbalmente por el Alcaide en las audiencias que conceda”.
- iii. **Autorizar visitas extraordinarias y visitas especiales a los internos.** De acuerdo al art. 50, del REP, el jefe de establecimiento podrá permitir excepcionalmente y en casos justificados, visitas extraordinarias al interno por un lapso no superior a 30 minutos. Por su parte el art. 51 del mismo reglamento establece que los Alcaldes van a poder autorizar visitas familiares e íntimas si es que las condiciones del establecimiento lo permiten, a los

¹⁰⁸ KENDALL GRAIG, Stephen. ob. Cit., pp. 53-55.

internos que no gocen de permisos de salida y que lo hayan solicitado previamente.

a.2) Personal penitenciario.

En conformidad a lo dispuesto en el art. 2 de la LOCGH, el personal de gendarmería está compuesto por el personal perteneciente a las Plantas de Oficiales Penitenciarios y de los Suboficiales y Gendarmes; el personal perteneciente a la Planta de Directivos; y, por último, el personal de las Plantas de Profesionales Funcionarios.

Cabe señalar que el personal que forma parte de las instituciones penitenciarias son funcionarios públicos cuyo vínculo contractual se rige por la normativa del derecho administrativo. En efecto, conforme a lo que se dispone en el artículo 1 del DFL n° 1791 que establece el estatuto del personal perteneciente a las plantas I y II de Gendarmería de Chile y el artículo 1 del Decreto N°26 que aprueba el Reglamento del Personal de Gendarmería de Chile, se señala que se aplicarán al personal penitenciario, de forma supletoria, los preceptos del Estatuto Administrativo.

b) Población penal:

La población penal está compuesta por aquellas personas privadas de libertad, que se encuentren en calidad de detenidos, condenados o sujetos a prisión preventiva. Corresponde, entonces, a “[...] aquellas personas que se encuentran en diversas situaciones procesales (detención, medidas cautelares o cumplimiento de una condena), respecto de las cuales se requiere su internación en establecimientos públicos y concesionados con el fin de dar cumplimiento y asistir a la función jurisdiccional en el ámbito penal”¹⁰⁹.

A continuación, nos referiremos a cada uno de ellos

b.1) Imputado detenido.

La detención puede ser definida como aquella medida cautelar personal “[...] en virtud de la cual se priva de libertad a una persona a quien se le imputa la comisión de un delito, por un breve lapso de tiempo, con la exclusiva finalidad de ponerla a

¹⁰⁹ CORDERO QUINZACARA, Eduardo ob. cit., p. 10.

disposición del tribunal, con el objeto de asegurar su comparecencia a algún acto del procedimiento”¹¹⁰.

Desde la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Penal se reducen significativamente los casos en que una persona detenida pueda ser llevada a un establecimiento penitenciario. En efecto, el artículo 133 del Código Procesal Penal actúa como una verdadera cortapisa al disponer que “[...] los encargados de los establecimientos penitenciarios no podrán aceptar el ingreso de personas sino en virtud de órdenes judiciales”.

De esta forma, en caso de una detención policial sin orden previa del Tribunal, la persona detenida no va poder ingresar a un recinto penitenciario, debido a que el encargado del recinto no puede aceptar dicho ingreso si no existe una orden judicial¹¹¹.

En este caso, la persona va permanecer detenida en las celdas de la policía antes de la realización de la respectiva audiencia de control de detención (teniendo un plazo máximo de 24 horas para ello).

Es por lo anterior que en nuestro actual sistema procesal penal la posibilidad que una persona detenida ingrese a un recinto penitenciario se reduce sólo a dos casos:

1. Cuando en la primera audiencia judicial del detenido se solicite, por parte del fiscal o del abogado asistente del fiscal, una ampliación del plazo de detención hasta por tres días, para poder preparar su presentación (art. 132 del CPP). En este caso, se va producir un relevo del custodio del

¹¹⁰ HORVITZ LENNON, María Inés y LOPEZ MASLE, Julian, ob. cit. T.I, p. 364.

¹¹¹ MATORANA MIQUEL, Cristian y MONTERO LÓPEZ, Raúl., ob. cit. T.I, p. 524. Opinión distinta es la que sostiene STIPPEL para quien con la modificación realizada al artículo 131 por la Ley 20.074, el 14 de noviembre de 2005, se legalizó la detención de imputados en centros penitenciarios administrados por GENCHI, al permitir “[...] a los policías dejar a los detenidos “bajo la custodia de Gendarmería”” (ob. Cit., p. 42). No obstante, esta interpretación no se ajusta a lo que realmente dice el precepto legal que en su inciso final dispone que si en caso de detenciones por delitos flagrantes la fiscalía ordena que el detenido sea puesto a disposición del juez dentro de un plazo máximo de 24 horas, contados desde que la detención se hubiere practicado, “para los efectos de poner a disposición del juez al detenido, las policías cumplirán con su obligación legal dejándolo **bajo la custodia de Gendarmería del respectivo tribunal**”. En otras palabras, este artículo no faculta a la policía a llevar al detenido a un establecimiento penitenciario, pues carecerían de la orden judicial necesario para ello. Sólo los faculta a entregar a Gendarmería, que está cargo de resguardar la seguridad interna del recinto en que funciona el respectivo tribunal, conforme a lo dispuesto en el artículo 3, letra h) del DL n° 2859, para efectos de que se pueda llevar a cabo la audiencia de control de detención.

detenido, pues la policía lo entrega a Gendarmería la que lo llevará a un recinto penitenciario a su cargo, durante el plazo de ampliación decretado, en virtud de la orden de ingreso expedida por el respectivo juez de garantía¹¹².

2. Cuando la orden de detención emane de un tribunal y que no sea posible, por no ser hora de despacho, conducir al detenido inmediatamente a la presencia del juez que expidió la resolución, el artículo 154, letra c) del Código Procesal Penal, dispone que la orden judicial va a poder contener la indicación que el detenido sea conducido a un establecimiento penitenciario o lugar público de prisión o detención que se determinare.

b.2) Imputado sujeto a prisión preventiva.

La prisión preventiva puede ser definida como “[...] la privación temporal de la libertad ambulatoria de una persona, mediante su ingreso a un centro penitenciario durante la sustanciación de un proceso penal y con el objeto de asegurar los fines del procedimiento”¹¹³.

En nuestro antiguo procedimiento penal la prisión preventiva era considerada la regla general al ser prácticamente la consecuencia inmediata de la dictación del auto de procesamiento. En el sistema inquisitivo solo bastaba que el juez del crimen dictara el sometimiento a proceso para que se decretara.¹¹⁴ De esta forma una parte importante de los imputados permanecían privados de libertad durante la tramitación del proceso, lo que además se explicaba porque el antiguo Código no contemplaba otras medidas cautelares que no fueran la prisión preventiva.

Con la dictación del Código Procesal Penal, en cambio, y, en especial en su diseño original, la prisión preventiva pasa a constituir una medida excepcional por las siguientes razones:

¹¹² CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo. 2009. Manual del sistema de justicia penal. Santiago, Editorial Librotecnia, . 152.

¹¹³ HORVITZ LENNON, María y LOPEZ MASLE, Julián, ob. cit., T.I, p. 389.

¹¹⁴ CENTRO DE DERECHOS HUMANOS DE LA UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES, 2005. Informe anual sobre Derechos Humanos en Chile 2005. Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, pp. 137-138. [En línea]
<<http://www.derechoshumanos.udp.cl/derechoshumanos/index.php/informe-ddhh-2005>> [consulta: 16 de marzo del 2017]

- i. Se transforma en la última ratio de las medidas cautelares al constituir la máxima restricción a la libertad ambulatoria durante la tramitación del proceso. Así se establece expresamente en el inciso segundo del artículo 139 del CPP al señalar que “[...] la prisión preventiva procederá cuando las demás medidas cautelares personales fueren estimadas por el juez como insuficientes para asegurar las finalidades del procedimiento, la seguridad del ofendido o de la sociedad”. En este sentido cobran relevancia las medidas cautelares personales contempladas en el 155 del CPP.
- ii. Por el principio de la excepcionalidad que implica que las medidas cautelares deben decretarse dentro de la tramitación del procedimiento sólo cuando resulten indispensables¹¹⁵. Así lo establece el artículo 122 del CPP al establecer que “[...] las medidas cautelares personales serán impuestas cuando fueren absolutamente indispensables para asegurar la realización de los fines del procedimiento y sólo durarán mientras subsista la necesidad de su aplicación”.
- iii. Sólo pueden ser decretadas por los tribunales penales. En el caso específico de la prisión preventiva se aplica plenamente el principio de jurisdiccionalidad que implica que esta medida sólo se puede adoptar mediante resolución del órgano jurisdiccional competente (así se desprende de la lectura del inciso segundo del artículo 122, del inciso segundo del 139 y del inciso primero del 140 del CPP).
- iv. Se deben cumplir una serie de requisitos, contemplados en el artículo 140 del CPP para que el tribunal decrete la prisión preventiva.
- v. Sólo son legitimados activos para solicitar la prisión preventiva el Ministerio Público y el querellante, a los cuales les corresponderá acreditar los requisitos necesarios para su otorgamiento.
- vi. Existen casos en que esta medida no va ser procedente, tal como se establece en el artículo 141 del CPP.

¹¹⁵ MATURANA MIQUEL, Cristian y MONTERO LÓPEZ, Raúl, ob. Cit., T. I, pp. 486-490.; HORVITZ LENNON, María Inés y LOPEZ MASLE, Julian., ob. cit., p. 352.

Cabe señalar que la prisión preventiva se deberá ejecutar en establecimientos especiales, diferentes a los que se utilizan para los condenados o, al menos en lugares que se encuentren absolutamente separados de las personas condenadas (art. 150-2 del CPP).

El imputado sujeto a prisión preventiva va ser tratado en todo momento como inocente por lo que la ejecución de esta medida cautelar se deberá llevar a cabo de tal manera que no adquiera las características de una pena (art. 150-3 del CPP).

b.3) Condenado.

El condenado rematado o reo rematado “[...] es aquel respecto del cual se ha dictado una sentencia penal condenatoria ejecutoriada, pudiendo procederse al cumplimiento de la pena establecida en ella (art. 79 C.P, 141, 355 y 468), debiendo procederse a su ejecución ante el juez de garantía (art. 467 del CPP)”¹¹⁶.

La ejecución de una sentencia condenatoria sólo se va poder llevar a cabo cuando se encuentre ejecutoriada. Una vez que se encuentre firme, el tribunal va decretar todas las diligencias y comunicaciones que se requieran para el cumplimiento del fallo (art. 468, inciso 1, del CPP).

Tratándose del cumplimiento de una pena privativa de libertad, el tribunal deberá remitir copia de la sentencia condenatoria, con el atestado de hallarse firme, al establecimiento penitenciario correspondiente, dando orden de ingreso (art. 468, inciso 2, del CPP).

En caso que el condenado se encuentre en libertad va ser procedente la detención como medida de ejecución, para efectos de que proceda la ejecución de la sentencia que lo ha condenado a una pena privativa de libertad, en el recinto penitenciario correspondiente (art. 468, inciso 2, del CPP).

2.2.2. Características de la relación jurídica penitenciaria:

Cabe destacar las siguientes características de la relación jurídica penitenciaria en nuestro sistema de ejecución penal:

¹¹⁶ MATURANA MIQUEL, Cristian y MONTERO LÓPEZ, Raúl, ob. cit., T. I, p. 288.

a) Se trata de una relación jurídica de derecho público.

En base a lo dispuesto en el artículo 2 del Decreto 518, al ingresar el interno al sistema carcelario va quedar sometido a una relación de derecho público con el Estado, de tal forma “[...] 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” (art. 2 del REP). En los siguientes capítulos ahondaremos en las consecuencias que se desprenden de esta norma.

b) Se trata de una relación jurídica temporal.

Esto quiere decir que esta relación se encuentra sujeta a un límite temporal. En el caso de las personas condenadas debemos distinguir:

- a. **Nacimiento.** La relación jurídica penitenciaria va a requerir como antecedente una sentencia definitiva condenatoria firme o ejecutoriada para que pueda ejecutarse la pena (art. 79 del CP y art. 468-1 del CPP). El tribunal penal deberá remitir una copia de la sentencia, con el atestado de hallarse firme, al establecimiento penitenciario que corresponda, dando orden de ingreso (Art. 468-1). Una vez que el condenado ingresa al establecimiento penitenciario se va a generar la relación jurídica penitenciaria, pues, es en ese instante en que surgen los primeros derechos y obligaciones entre el interno y la Administración Penitenciaria¹¹⁷.
- b. **Extinción.** La relación jurídica penitenciaria se va a extinguir una vez que se obtenga la libertad definitiva. Es por ello que el artículo 93 N° 2 del Código Penal establece que la responsabilidad penal se extingue por el cumplimiento de la condena (pena)¹¹⁸.

¹¹⁷ TELLEZ AGUILERA, Abel, ob. cit., pp. 22-23. En el caso de las medidas cautelares personales, de acuerdo al artículo 154 del CPP toda orden de prisión preventiva o de detención decretada por el Tribunal va tener que ser expedida por escrito y contener lo siguiente:

- a) El nombre y apellidos de la persona que debiere ser detenida o aprehendida o, en su defecto, las circunstancias que la individualizaren o determinaren.
- b) El motivo de la prisión o detención.
- c) La indicación de ser conducido de inmediato ante el tribunal, al establecimiento penitenciario o lugar público de prisión o detención que determinará, o de permanecer en su residencia, según correspondiere.

A su vez, en base a lo señalado en el artículo 133 del CPP, los encargados de los establecimientos penitenciarios no van a poder aceptar el ingreso de personas sino en virtud de órdenes judiciales.

¹¹⁸ CURY, Enrique ob. cit., p. 788. A su vez, en el caso de los presos o detenidos, esta relación se va a terminar una vez que se revoque la prisión preventiva o bien cuando el detenido sea puesto a

c) Se trata de una relación que requiere necesariamente la inserción física de una persona (interno) en un establecimiento penitenciario.

Para que se constituya la relación jurídica penitenciaria se requiere la inserción efectiva y duradera del condenado o imputado a un establecimiento penitenciario, que de acuerdo a lo señalado en el artículo 11 del DS N°518, son “[...] los recintos donde deben permanecer custodiadas las personas privadas de libertad en razón de detención y mientras están puestas a disposición del Tribunal pertinente; las personas sometidas a prisión preventiva y las personas condenadas al cumplimiento de penas privativas de libertad (inciso primero). Corresponden también a esta denominación las dependencias destinadas al seguimiento, asistencia y control de los condenados que, por un beneficio legal o reglamentario, se encuentran en el medio libre (inciso segundo)”.

Para la creación de los establecimientos penitenciarios se van a tener en consideración una serie de variables tales como la edad de las personas que ingresan, el sexo de las mismas, la naturaleza de las actividades y acciones para la reinserción, el tipo de infracción cometida, el tipo de compromiso delictual de los condenados, las medidas de seguridad especiales y de salud que sean necesarias para cada internos y, por último, otros criterios adoptados por la administración penitenciaria (art. 13 del REP).

En base a los parámetros anteriores es que nuestro sistema penitenciario contempla los siguientes tipos de establecimientos¹¹⁹:

- a. **Centros de detención preventiva (CDP).** Son aquellos en que ingresan las personas detenidas y sujetas a prisión preventiva (art. 15 del REP).
- b. **Centros de cumplimiento Penitenciario (CCP).** Son aquellos que están destinados al cumplimiento de las penas privativas de libertad (art. 15, inciso segundo, del REP). Estos a su vez pueden tener los siguientes regímenes:

disposición del tribunal, salvo que en la audiencia de control de detención, como ya se mencionó, se solicite por fiscal o el abogado asistente del fiscal la ampliación de la detención, conforme a lo dispuesto en el artículo 132 del CPP.

¹¹⁹ AREVALO CUNICH, Javier y ORTIZ QUIROGA, Luis, ob. Cit.,p. 219.

- i. *Cerrado*. Es en el que priman los principios de seguridad, orden y disciplina propios de un internado (art. 29 del REP).
 - ii. *Semi abierto*. Es aquel que se caracteriza por el cumplimiento de la condena en un medio organizado en torno a la actividad laboral y la capacitación donde las medidas de seguridad adoptan un carácter de autodisciplina de los condenados (art. 30 del REP).
 - iii. *Abierto*. Es aquel en que el orden y la disciplina serán los propios para el logro de una convivencia normal en toda colectividad civil, con ausencia de controles rígidos, tales como formaciones, allanamientos, requisas, intervención de visitas y correspondencia (art. 31 del REP).
- c. **Centros de Educación y trabajo (CET)**. Son aquellos que contemplan un tratamiento de reinserción social específico (art. 17 del REP).
 - d. **Centros Penitenciarios Femeninos (CPF)**. Son aquellos que ingresan solamente mujeres, sea cual sea su calidad procesal (arts. 16 y 19 del REP).
 - e. **Centros de reinserción social (CRS)**. Son aquellos que se encuentran destinados al seguimiento, asistencia y control de los condenados que han accedido a beneficios legales o reglamentarios y que se encuentran en el medio libre (art. 20 del REP).

2.3. Entes estatales que tienen competencia en el ámbito penitenciario.

En un sentido amplio, por Administración Penitenciaria debemos entender a todos aquellos entes administrativos que, a junto con Gendarmería de Chile, intervienen directa o indirectamente, de forma permanente o esporádica, en materias penitenciarias y post-penitenciarias. Dentro de ellos debemos mencionar a¹²⁰:

a) **Ministerio de Justicia y Derechos Humanos**: A esta secretaria del Estado le corresponde, conforme a lo dispuesto en el artículo 2 del DL 3346 (que fija la Ley orgánica del Ministerio de Justicia y derechos Humanos), en el ámbito

¹²⁰ al respecto KENDALL GRAIG, ob. cit., pp. 52 y ss; ARRIAGADA GAJEWSKI, Isabel y SILVA OLIVARES, Guillermo, ob. cit., pp. 114 y ss

penitenciario, entre otras funciones, la de formular políticas, planes y programas de tratamiento penitenciario y de rehabilitación del reo (art. 2 letra c) del DL 3346); Estudiar antecedentes y proponer, en su caso, la concesión de los beneficios previstos en el DL 409 del año 1932 (art. 2 letra c) del DL 3346); Crear establecimientos penales y de tratamiento y rehabilitación penitenciarios (art. 2 letra L) del DL 3346).

b) **Servicio Nacional de Menores.** La administración de los centros de internación provisoria y los centros cerrados donde los adolescentes infractores de la ley penal deben cumplir sus penas privativas de libertad, le corresponderá al Servicio Nacional de Menores y Gendarmería sólo tendrá como función velar por la seguridad perimetral de estos recintos, conforme a lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley 20.084 que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal.

c) **Comisión de Libertad Condicional.** A esta Comisión le corresponderá, durante los meses de abril y octubre de cada año, luego de la tramitación de un procedimiento administrativo que consta de varias etapas, decidir, por medio de la dictación de un acto administrativo terminal, la procedencia de la concesión de este modo de cumplir las penas¹²¹. Esta comisión va a estar compuesta por los funcionarios que constituyan la visita de cárceles en la ciudad asiento de Corte de Apelaciones y dos jueces de Juzgados de garantía o de Tribunales de Juicio oral en lo Penal. A su vez, en Santiago, se va a integrar por diez jueces de garantías o por diez jueces de Tribunales de Juicio Oral en lo Penal elegidos por ellos (inciso segundo del artículo 4 del DL 321 que establece la libertad condicional).

d) **Tribunal de Conducta.** De acuerdo al DS 2442, que fija el reglamento de la ley de libertad condicional, en todos los establecimientos penales en que cumplan sus condenas reclusos condenados por sentencia ejecutoriada a penas privativas de libertad, va a existir un Tribunal de Conductas que va tener como una de sus funciones principales, la de pronunciarse acerca si el condenado cumple o no con los requisitos necesarios para obtener la libertad condicional y elaborar una lista de

¹²¹ Así lo ha entendido la Corte de Apelaciones de Santiago en fallo de 18 de julio de dos mil diecisiete, ROL 1868-2017, considerando octavo.

postulantes a dicho beneficio, las que el jefe del respectivo establecimiento penal hará llegar en las oportunidades debidas a la Comisión de Libertad Condicional (art. 5, 24 y 25). Este Tribunal lo integran el Alcaide; el jefe de la sección de Criminología; el Director de la Escuela; el Jefe de la Sección de Trabajo; el jefe de la Guardia Interna; el Médico; la asistente social; un abogado o psicólogo designado por el Director del Servicio (artículo 5 del reglamento).

e) **Comisión de beneficio de reducción de condena.** De acuerdo al artículo 10 de la ley 19.856, que crea un sistema de reinserción social de los condenados sobre la base de la observancia de buena conducta, es a esta Comisión la que le va corresponder calificar el comportamiento de los condenados necesarios para acceder al beneficio de reducción de condena. El mismo precepto señala que esta Comisión va a estar integrada por un ministro de la Corte de Apelaciones correspondiente al territorio jurisdiccional de la unidad penal, quien será su presidente; tres jueces de letras con competencia en materia criminal o miembros del tribunal del juicio oral en lo penal, designados por la Corte de Apelaciones respectiva; dos peritos, uno psicológico y otro asistente social, nombrados por el Ministerio de Justicia a través de la respectiva secretaría regional ministerial.

f). **Consejo técnico.** Se trata de un organismo colegiado que tiene como principal función la de asesorar al Jefe de establecimiento (art. 118 y ss del REP) en materias como la aplicación de sanciones disciplinarias a los internos (art. 82 del REP); la de formular, proponer y evaluar proyectos y programas de reinserción dirigidos a la población penal (art. 119, letra a) del REP) y de proponer modificaciones al régimen interno, sobre la base de criterios técnicos claramente definidos (art. 119)

2.4. Control externo de la ejecución penal.

Uno de los aspectos más distintivos de nuestro derecho penitenciario es el hecho de que en Chile no se ha creado una judicatura especializada en conocer

aquellos asuntos y controversias que se promuevan durante la ejecución material de las penas privativas de libertad¹²².

En el contexto de la reforma procesal penal se propuso, en el anteproyecto del nuevo Código de Procedimiento Penal, en sus artículos 11 y 538, conferirles facultades al tribunal que dictó la sentencia condenatoria penal para ejercer el control judicial de la ejecución de las penas, mientras no se establecieran tribunales especializados¹²³. Sin embargo, la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados en su primer informe, eliminó estos dos artículos, por considerar que no debía confundirse el tribunal que aplica la pena, cuyas funciones llegan hasta la dictación de la sentencia ejecutoriada y, los jueces de pena, que es el que debe ejercer el control judicial de la ejecución penal¹²⁴. Al tratarse de ámbitos de competencia diversos, a juicio de la Comisión no era conveniente innovar en la materia mientras no se crearan jueces especiales de ejecución.

La historia fidedigna de la ley 19.696 ha servido para que un sector de la doctrina, liderado por Emilio PFEFFER, sostengan que en base a los fundamentos expuestos por los parlamentarios durante la tramitación del Código Procesal Penal, el control de la ejecución de la sentencia, mientras no se cree una judicatura especializada, queda en manos de la autoridad administrativa y no de los tribunales penales, puesto que tal como expuso la Comisión de la Cámara de Diputados, “[...] La experiencia práctica demuestra que la autoridad administrativa es más humana en el tratamiento de las penas que el juez, que es una persona totalmente lejana. Quien

¹²² HURTADO BUNSTER, María Teresa; MORALES PEEILLARD, Ana María; WELSCH CHAHUAN, Gherman. 2015. Estudio comparado sobre Tribunales de ejecución de penas. Santiago, Fundación Paz Ciudadana, p. 3.

¹²³ HISTORIA DE LA LEY N° 19.696 QUE ESTABLECE EL CÓDIGO PROCESAL PENAL, 2000, [en línea] disponible en <http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recur_soslegales/10221.3/643/1/HL19696.pdf>. [consulta: 14 de marzo del 2017]

¹²⁴ PFEFFER URQUIAGA, Emilio. 2001. Código procesal penal anotado y concordado. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, pp. 441-442; DIRECCIÓN DE ESTUDIOS SOCIOLÓGICOS DE LA PONTIFICA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE. Evaluación y sistematización del modelo y sistema de defensa penitenciaria de la Defensoría Penal Pública, P. 31. Disponible en: <http://www.dpp.cl/resources/upload/3b59cfaa198fdd63eb459e3f5a006a16.pdf>

puede tener una política criminológica de mayor sentido humanista es siempre, en general, quien tiene a su cargo el Ministerio de Justicia”¹²⁵.

Otro sector de la doctrina, cuya postura tiende a imperar, sostiene, en cambio, que a falta de un juez de ejecución penal y , en virtud de lo dispuesto en el 76 de la Constitución Política de la República, en el artículo 14, letra f) del Código Orgánico de Tribunales y, en los artículos 10 y 466 del Código Procesal Penal, en Chile se establece un sistema de control judicial “impropio o indirecto” a cargo de los jueces de garantía debido a que, a estos tribunales, les corresponde hacer ejecutar la condena criminal y resolver las solicitudes y reclamaciones relativas a dicha ejecución¹²⁶.

De lo anterior se desprende los dos ámbitos de competencia que tienen estos órganos jurisdiccionales unipersonales en la fase de ejecución penal¹²⁷:

- a) **Hacer ejecutar lo juzgado.** Implica, por una parte, que el juez de garantía debe dictar todas aquellas resoluciones necesarias para el cumplimiento efectivo de la sentencia condenatoria y, por otra, debe controlar que el tipo y la duración de la pena corresponde a la establecida en la sentencia definitiva.
- b) **Conocer y resolver las solicitudes y reclamos de los condenados.** Implica que los internos van a poder acudir ante el juez de garantía correspondiente para que se sometan a control judicial todas aquellas actuaciones de la Administración Penitenciaria que lesionen sus derechos e intereses legítimos.

Con respecto a los imputados sujetos a prisión preventiva, el Código Procesal Penal, en sus artículos 10 y 150, establece que los jueces de garantía serán competentes para supervisar la ejecución de las prisiones preventivas que decretaren. A ellos les corresponderá conocer las solicitudes y presentaciones que se realizaran

¹²⁵ Citado por STIPPEL, Jorg Alfred. 2006. Las cárceles y la búsqueda de una política criminal para Chile. Un estudio acerca del acceso a la justicia, la violación de derechos y el nuevo proceso penal. Santiago, Lom Ediciones, 310p.

¹²⁶ HORVITZ, María y LOPEZ MASLE, Julian, ob. cit., T. I, p. 204; KUNSEMULLER LOEBENFELDER, Carlos. 2012. Derecho penal y política criminal. Santiago, Legal Publishing, p. 639; STIPPEL, Jorg, ob. Cit, pp. 262 y ss. HURTADO BUNSTER, María Teresa; MORALES PEEILLARD, Ana María; WELSCH CHAHUAN, Gherman. Ob. Cit., pp. 10-11; CORDERO QUINZACARA, Eduardo, ob. Cit., pp. 36-37; pp. 36-37; ESPINOZA, Olga y SALINERO, Alicia. 2014. Estudio jurídico. Chile. En: PROGRAMA EUROSOCIAL (ed). Ejecución de la pena privativa de libertad: una mirada comparada. Madrid, Cyan, Proyectos Editoriales, pp. 200 y ss; ARTAZA VARELA, Osvaldo y PALACIO MARTINEZ, Marcela, ob. Cit, p. 170; KENDALL GRAIG, ob. Cit, pp. 94 y ss; ARRIAGADA GAJEWSKI, Isabel y SILVA OLIVARES, Guillermo, ob. Cit., pp. 123 y ss.

¹²⁷ CORDERO QUINZACARA, Eduardo, ob. Cit., p. 37; ; ESPINOZA, Olga y SALINERO, Alicia, ob. Cit, pp. 201-202; KENDALL GRAIG, Stephen, ob. Cit., pp. 95-96.

durante la ejecución de la medida cautelar personal. En el inciso final, del artículo 150, se dispone, además, que “cualquier restricción que la autoridad penitenciaria impusiere al imputado deberá ser inmediatamente comunicada al tribunal, con sus fundamentos. Éste, podrá dejarla sin efecto si la considerare ilegal o abusiva, convocando, si lo estimare necesario, a una audiencia para su examen”.

En definitiva, a partir de las normas mencionadas, no cabe duda que en nuestro ordenamiento jurídico penitenciario, le corresponderá al juez de garantía ejercer el control judicial de las actuaciones de la Administración Penitenciaria que puedan lesionar los derechos e intereses de la población penal condenada o sujeta a una medida cautelar personal¹²⁸.

3. Conclusión. Naturaleza del derecho penitenciario chileno.

En base al análisis de lege lata llevado a cabo anteriormente no es posible sino concluir que por las características de nuestro ordenamiento jurídico penitenciario y, por los órganos a los cuales el Estado les encomienda la ejecución material de las penas privativas de libertad, el derecho penitenciario chileno se configura como una rama jurídica perteneciente al derecho público administrativo¹²⁹.

Para atribuirle esta naturaleza jurídica y, descartar las otras teorías propuestas tanto por la doctrina nacional como comparada, se deben tener en consideración los siguientes argumentos:

¹²⁸ Cabe señalar que la Ley 29.084 dispone expresamente, en su artículo 50, que los jueces de garantía van a tener competencia para el control de la ejecución de las sanciones. Es así que este precepto establece que los conflictos de derecho que se susciten durante la ejecución de alguna de las sanciones contempladas por dicho cuerpo normativo va a ser resuelta por los jueces de garantía del lugar donde deban cumplirse. A estos jueces, previa audiencia, les corresponderá adoptar las medidas tendientes al respeto y cumplimiento de la ejecución.

¹²⁹ En este sentido, KENDALL GRAIG, ob. cit., p. 46; CORDERO QUINZACARA, ob. cit., p. 54.: En el derecho comparado, a la misma conclusión arriban tanto SOSA WAGNER (ob. cit., pp. 85-86) y CANO MATA a partir del análisis del Reglamento de los Servicios de Prisiones, normativa que estuvo vigente en España (con algunas modificaciones sufridas el año 1968 y 1977) hasta la dictación de la Ley General Penitenciaria del año 1979. El último autor citado concluye que “al hacer nuestra propia toma de posición sobre el problema nos encontramos con que, por su propia esencia, el Derecho penitenciario es Derecho Penal, pero en todo nuestro Ordenamiento jurídico se vienen a configurar lo penitenciario como simple Derecho Administrativo”. En “Derecho administrativo penitenciario...”, ob. cit., p. 34.

De lo anterior se colige que frente a la posible colisión entre los planteamientos teóricos y la realidad jurídica, el nivel de análisis que se va a terminar por imponer es el de la normativa penitenciaria.

3.1. Normativa penitenciaria.

El Código Penal sólo se conforma en delinear, en los artículos 79 a 89, los grandes lineamientos del régimen de ejecución de penas para luego delegar en la potestad reglamentaria del ejecutivo la regulación de una serie de materias atinentes al cumplimiento material de las penas privativas de libertad¹³⁰.

En este sentido resulta fundamental el inciso segundo del artículo 80 del Código Penal que dispone que “[...] se observará también además de lo que dispone la ley, lo que se determine en los reglamentos especiales para el gobierno de los establecimientos en que deban cumplirse las penas, acerca de los castigos disciplinarios, de la naturaleza, tiempo y demás circunstancias de los trabajos, de las relaciones de los penados con otras personas, de los socorros que pueden recibir y del régimen alimenticio”¹³¹.

En base a lo dispuesto en el precepto anterior es que se explica que en nuestro país le haya correspondido al poder ejecutivo, a través de decretos reglamentarios, regular las principales materias, contenidos e instituciones del derecho penitenciario, tales como el régimen penitenciario, el régimen disciplinario carcelario, la relación jurídica penitenciaria, los derechos y deberes de los internos, el gobierno y organización de los establecimientos penitenciarios, el trabajo carcelario, el tratamiento penitenciario y las relaciones con el exterior¹³².

En definitiva, el propio legislador penal, sienta las bases para que nuestro ordenamiento penitenciario se rija principalmente por normas pertenecientes al

¹³⁰ AREVALO CUNICH, Javier y ORTIZ QUIROGA, Luis, ob. Cit., pp. 142y 143;

¹³¹ Para entender esta normativa y los fines que le atribuye a la pena el Código Penal se puede consultar GONZALEZ VILLAGRÁN, Rafael. 1996. Sistema penitenciario chileno. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Concepción, Pontificia Universidad Católica de Chile, sede Talcahuano, p. 61; AICHELE HERRMANN, Sandra. 2004. El control del cumplimiento de las penas en el derecho chileno. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Valdivia, Universidad Austral de Chile, Facultad de Ciencias jurídicas y sociales, pp. 3 y 4; KENDALL GRAIG, Stephen, ob. Cit., pp. 36-37; AREVALO CUNICH, Javier y ORTIZ QUIROGA, Luis, ob. Cit., pp 46 y ss, y 286-288.

¹³² ARRIAGADA GAJEWSKI, Isabel y SILVA OLIVARES, Guillermo, ob. Cit., p. 114; CILLERO, Miguel. 2011. Comentario. En: COUSO, Jaime y HERNANDEZ, Hector (directores). Código penal comentado. Libro Primero (arts. 1º a 105). Doctrina y jurisprudencia. Santiago, Legal Publishing, 694p;

derecho administrativo y, no por normas del derecho penal o derecho procesal penal.¹³³

3.2. Naturaleza de la relación jurídica penitenciaria.

El eje central sobre la cual se articula el derecho penitenciario, como rama jurídica, es el estudio y regulación de la ejecución material de las penas privativas de libertad y, particularmente, de la relación jurídica penitenciaria que se produce entre la Administración Penitenciaria y el interno una vez que ingresa éste a un establecimiento penitenciario hasta que es puesto en libertad o se acoge a otro sistema de cumplimiento de la pena¹³⁴.

En nuestro ordenamiento penitenciario, este vínculo jurídico debe ser calificado de administrativo al ser, una de las partes del binomio un órgano de la administración (Gendarmería de Chile)¹³⁵. Por esta razón, como veremos en el siguiente capítulo, se ha acudido a la categoría administrativa de las relaciones especiales de sujeción, en su concepción clásica, para explicar el estatus jurídico devaluado en que se encuentra la población penal en el derecho penitenciario nacional¹³⁶.

3.3. Naturaleza del control externo de la ejecución de las penas privativas de libertad.

Ya no es posible sostener, como antaño, que el derecho penitenciario forma parte del Derecho Administrativo porque tras la dictación de la sentencia

¹³³ ETCHEBERRY, Alfredo. 1999. Derecho penal. Parte general. Tomo II. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 193; ARRIAGADA GAJEWSKI, Isabel y SILVA OLIVARES, Guillermo, ob. Cit., p. 114 y 117.

¹³⁴ RODRIGUEZ MAGARIÑOS, Faustino Gudín. La relación jurídica penitenciaria bajo la óptica del derecho administrativo, p. 2. Disponible en <http://www2.uned.es/dpto-derecho-politico/gudin.pdf>. En este sentido se entendió también en el Congreso Penal de Palermo del año 1933 se señaló que el derecho penitenciario era “(...) el conjunto de normas legales que regulan las relaciones entre el Estado y el condenado, desde el momento en que la decisión judicial deviene ejecutoria hasta el cumplimiento de esta (...)”. Citado por MATA y MARTÍN, Ricardo. 2016. Fundamentos del sistema penitenciario. Madrid, Editorial Tecnos, p. 111.

¹³⁵ MORAGA KLENNER, Claudio, ob. Cit., pp. 73-75; BERMUDEZ SOTO, Jorge, ob. Cit., p. 37; CORDERO VEGA, Luis, ob. Cit., pp. 217 y ss.;

¹³⁶ KENDALL GRAIG, Stephen, ob. Cit., pp. 36 y ss; ARTAZA VARELA, Osvaldo y PALACIOS MARTINEZ, Marcela, ob. Cit., pp. 127 y ss; ARRIAGADA GAJEWSKI, Isabel y SILVA OLIVARES, Guillermo, ob. Cit., pp. 111;

condenatoria se produce el desasimio del tribunal¹³⁷. En efecto, en un Estado de Derecho, las actuaciones, tanto formales como materiales, de la Administración del Estado, pueden ser objeto de control judicial¹³⁸.

En el ámbito penitenciario, en virtud de lo dispuesto principalmente en los artículos 14, letra f) del Código Orgánico de Tribunales y 466 del Código Procesal Penal, ese control externo le corresponde ejercerlo al juez de garantía.

A estos tribunales penales les corresponde conocer y resolver todos aquellos litigios o controversias que se susciten producto de ciertas actuaciones de la Administración Penitenciaria que lesionen los derechos e intereses legítimos de la población penal, tal como puede ocurrir por la aplicación de una medida disciplinaria, por el traslado decretado por la autoridad penitenciaria, por la denegación de un permiso de salida o por agravios y/o amenazas de funcionarios de gendarmería que afecten o pongan en riesgo la integridad física o psíquica de los internos¹³⁹.

En todos estos casos, a nuestro entender, el juez de garantía va a actuar como un verdadero tribunal contencioso administrativo especial en la medida que va a tener que resolver un conflicto que se genera producto de alguna actuación jurídica o material de la Administración (Gendarmería) que lesione los derechos de un administrado (población penal)¹⁴⁰.

En definitiva, se reúnen en cada una de estas situaciones que, durante la fase de ejecución penal, van a tener que ser conocidas y falladas por los jueces de

¹³⁷ CANO MATA, Antonio, ob cit., p. 36; COUSIÑO MAC IVER, Luis., ob. cit, p. 23.

¹³⁸ CORDERO VEGA, Luis, p. 611.

¹³⁹ CORDERO QUINZACARA, Eduardo, ob. Cit., pp. 36 y ss; KENDALL GRAIG, ob .cit., pp. 94 y ss; STIPPERL, Jorg., ob. Cit., pp. 260 y ss.

¹⁴⁰ Así lo entiende Eduardo CORDERO QUINZACARA al señalar que “la competencia que tiene el juez de garantía para hacer ejecutar las condenas criminales y las medidas de seguridad, y resolver las solicitudes y reclamos relativos a dicha ejecución, constituye respecto de la actividad penitenciaria un verdadero contencioso administrativo especial, en la medida que el juez debe considerar que se encuentra frente a actos administrativos y actuaciones materiales de la Administración Penitenciaria, los cuales deben ser examinados y juzgados conforme a su naturaleza y elementos, a fin de determinar los efectos que deriven de un acto ilegal (nulidad del acto administrativo y cese de los actos materiales)”. En ob. cit, p. 55. Del mismo modo, ARRIAGADA GAJEWSKI, Isabel y SILVA OLIVARES, Guillermo, ob. Cit., p. 125.

garantías los presupuestos necesarios para estar en presencia de un contencioso administrativo¹⁴¹:

- a) **Existencia de un conflicto entre la Administración del Estado y un particular.** En el contencioso administrativo, al igual que ocurre con el resto de los procesos, es posible encontrar una parte activa que ejercita el derecho de acción y deduce una pretensión, y una parte pasiva contra la cual se dirige la pretensión y que va a poder reaccionar. Sin embargo, la particularidad del contencioso administrativo es que en la generalidad de los casos la parte activa le va corresponder al “administrado demandante” y la parte pasiva a la “Administración demandada”¹⁴².
- b) **Que el conflicto se genere con motivo de una actuación de la Administración.** La contienda administrativa se va a producir cada vez que exista una controversia entre un particular y un órgano de la Administración, con motivo del cumplimiento, por parte de esta entidad, de su función administrativa¹⁴³. En la fase de ejecución penal el conflicto se va a poder suscitar tanto por una actuación material como jurídica que lleve a cabo la Administración Penitenciaria y que produzca una lesión a los intereses y derechos de la población penal. Si bien la doctrina administrativista en un primer momento sólo comprendía la posibilidad de impugnar los actos administrativos, dejando fuera los actos materiales o vías de hecho¹⁴⁴, la tendencia que se impone actualmente es que el proceso contencioso—administrativo es procedente frente a toda actuación administrativa, ya sea formal o informal, mediante procedimientos tipificados o

¹⁴¹ Al respecto MATURANA, Cristian, Derecho procesal orgánico. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, pp. 162-163; ORELLANA TORRES, Fernando. 2010. Manual de derecho procesal. Tomo I. Derecho procesal orgánico. Santiago, Librotecnia, pp. 86-87.

¹⁴² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás. 2004. Curso de derecho administrativo II. Novena edición. Madrid, Civitas Ediciones, p. 622. GIMENO SENDRA, Vicente, “et al”. 1992. Curso de derecho procesal administrativo. Valencia, Tirant lo Blanch, p. 107.

¹⁴³ MORAGA KLENNER, Claudio. 2004. La jurisdicción contenciosa administrativa. El proceso jurisdiccional administrativo. En: COOPER, James “et al” (edit.). Estado de derecho y reforma a la justicia. Santiago de Chile, Trabajo resultante del Diplomado Internacional Estado de Derecho y Reformas a la Justicia, organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, la Universidad de Heidelberg, la California Western School of law, de Dan Diego y la GTZ, p. 109.

¹⁴⁴ AYLWIN, Patricio. 1963. El derecho administrativo. Tomo II. Santiago, Editorial Universitaria, p. 173.

por vías de hecho, reglados o discrecionales, que puedan afectar derechos e intereses de los administrados¹⁴⁵. De esta forma, van a quedar bajo el objeto del contencioso administrativo los siguientes casos¹⁴⁶: a) La violación de un derecho subjetivo de un particular por parte de la Administración; b) La actuación (tanto material como jurídica) del órgano administrativo al margen de la Constitución o de la Ley, c) El reclamo que realice un particular por las sanciones que se le imponen por la Administración en el ejercicio de su potestad sancionadora.

- c) **Que debe ejercerse una ulterior actividad jurisdiccional para la resolución del conflicto.** La naturaleza jurisdiccional del órgano encargado de conocer estas controversias determina la aplicación de los principios y reglas de procedimiento del contencioso administrativo¹⁴⁷. Este control se ejerce con posterioridad a las decisiones adoptadas por la autoridad administrativa¹⁴⁸. Esto responde a la naturaleza revisora del proceso administrativo¹⁴⁹.

Es por la razón anterior que la Comisión de Redacción de un Anteproyecto de Ley de Ejecución Penal, al proponer el año 2006 la creación de un juez de ejecución penal, lo concibió como un tribunal contencioso administrativo¹⁵⁰.

En las actas de la Comisión se señala que “[...] la recepción de la presente propuesta tiene como supuesto la consideración relativa a que los actos que se van a sujetar al control en el marco del presente anteproyecto son actos administrativos y,

¹⁴⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás, ob. cit., p. 640; GORDILLO, Agustín. 2011. Tratado de derecho administrativo. Tomo III. El acto administrativo. Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, p. III-3 [en línea] https://www.gordillo.com/pdf_tomo3/capitulo3.pdf [consulta 22 de enero de 2018].

¹⁴⁶ MORAGA KLENNER, Claudio ob. cit, p. 110.

¹⁴⁷ BOLOÑA KELLY, Germán. El acto administrativo. Santiago, LexisNexis, p. 245.

¹⁴⁸ VERGARA BLANCO, Alejandro. 2005. El recurso de protección como sustituto de una jurisdicción contencioso administrativa especializada. Elementos para el análisis. Gaceta Jurídica (297), p. 8.

¹⁴⁹ GIMENO SENDRA, Vicente, “et al”, ob. cit., p, 107.

¹⁵⁰ VALENZUELA, Jonatan, ob. cit., p. 203. Cabe advertir que el análisis que realiza este autor se hace en base a los aspectos fundamentales del anteproyecto de ley de ejecución de penas elaborado por la Comisión mencionada y que se encontraba en fase de discusión para una redacción final. La creación de este Tribunal contencioso administrativo se plantea en el Primer Borrador de la propuesta normativa de Anteproyecto de Ley de derechos y deberes de las personas privadas de libertad u ejecución penal de fecha 05 de junio de 2006. Con posterioridad, en el Anteproyecto de Ley de Derechos y Deberes de las personas privadas de libertad y ejecución penal se excluye lo relativo a la regulación del juez de ejecución penal.

subsecuentemente, que el procedimiento antes que propiamente penal, es un procedimiento derivado del procedimiento contencioso administrativo [...] con lo que es claro, que conforme a la afirmación relativa a que la problemática que puede suscitarse en el ámbito de la aplicación de la presente ley es un problema de derecho administrativo y no procesal penal [...] Desde el punto de vista del tipo de procedimiento que se ha escogido, debe tenerse presente que el procedimiento ante el Juez de Ejecución Penal debe ser un procedimiento contencioso administrativo”¹⁵¹.

Por las razones anteriores es que coincidimos con la doctrina nacional que sostiene que nuestro ordenamiento jurídico penitenciario se concibe como algo estrictamente administrativo, de tal forma que a esta rama del derecho público le corresponderá nutrir al derecho penitenciario de conceptos, categorías, instituciones y principios.

Las consecuencias que derivan de la naturaleza del derecho penitenciario chileno, en especial en lo relativo a la relación jurídica penitenciaria, se analizarán en el siguiente capítulo.

¹⁵¹ Comisión de Redacción Anteproyecto Ley de Ejecución Penal, Propuesta normativa general al 28 de Junio de 2005, pp. 62-63. Estos materiales, que no se encuentran publicados, fueron facilitados por el profesor Eduardo SEPULVEDA.

CAPÍTULO III. REPERCUSIONES DE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO PENITENCIARIO EN LA CONFIGURACIÓN DE LA RELACIÓN JURÍDICA PENITENCIARIA.

I. ASPECTOS GENERALES.

La consecuencia fundamental de la naturaleza administrativa del derecho penitenciario es que a esta disciplina jurídica se le van poder aplicar ciertas teorías, principios e instituciones emanadas del derecho administrativo¹⁵².

Es lo que ocurre en la relación jurídica penitenciaria en que tanto la doctrina como la jurisprudencia han acudido a la categoría administrativista de la relación de sujeción especial para poder explicar y, en algunos casos justificar, la posición de supremacía en que históricamente se ha encontrado la Administración Penitenciaria con respecto a la población penal¹⁵³.

Para poder entender esta teoría y sus implicancias en el ámbito penitenciario debemos brevemente referirnos a los dos tipos de relaciones jurídicas que pueden establecerse entre la Administración del Estado y los particulares.

En primer lugar, los administrados se pueden encontrar en una relación de sujeción general con la Administración que es aquella a la que se encuentran sometidos, en calidad de súbditos y sin necesidad de un título concreto, todos los habitantes del territorio en que un Estado ejerza su soberanía¹⁵⁴. En virtud de ella, los administrados van a estar obligados a soportar los eventuales efectos jurídicos

¹⁵² CORDERO QUINZACARA, ob. cit., p. 17; RIVERA BEIRAS, Iñaki, ob. cit., p. 334.

¹⁵³ RENART GARCÍA, Felipe. 2002. El régimen disciplinario en el ordenamiento penitenciario español: luces y sombras. Zaragoza, Publicaciones de la Universidad de Alicante, pp. 27 y ss; TELLEZ AGUILERA, Abel, "Seguridad y disciplina penitenciaria...", ob. cit., pp. 24 y ss; UNIDAD DE DEFENSA PENITENCIARIA. 2011. La doctrina de las relaciones de sujeción especial en la jurisprudencia.

¹⁵⁴ LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki. 1994. Las relaciones de especial sujeción. Madrid, Civitas, p. 148; RIVERA BEIRAS, Iñaki, ob. Cit., p. 337.

derivados del ejercicio de una potestad por parte de un poder público.¹⁵⁵ En este tipo de relaciones la sujeción o sumisión de los administrados no es absoluta puesto que las potestades de los órganos de la administración se van a encontrar limitadas por los derechos y garantías que se les reconocen a todos los ciudadanos tanto en la Constitución como por las leyes¹⁵⁶.

En segundo lugar, los administrados se pueden encontrar en una relación de sujeción especial con la Administración. Ello va a ocurrir en aquellos grupos de administrados (se incluye a los funcionarios públicos, militares, estudiantes y personas privadas de libertad) que, por un título concreto (contrato, ley o sentencia judicial), ingresan, voluntaria o forzosamente, a una organización administrativa, lo que va traer aparejado mayores potestades para la Administración así como una disminución de los derechos de los particulares.

Esta segunda relación jurídica administrativa se caracteriza por “(...) una duradera y efectiva inserción del administrado en la esfera organizativa de la Administración, a resultas de la cual queda sometido a un régimen jurídico peculiar que se traduce en un especial tratamiento de la libertad y de los derechos fundamentales, así como de sus instituciones de garantía, de forma adecuada a los fines típicos de cada relación”¹⁵⁷.

De lo anterior, se desprenden dos presupuestos fundamentales para que se configure este tipo de relación jurídica administrativa¹⁵⁸:

- a) Inserción física del administrado en una organización administrativa¹⁵⁹. Se requiere el ingreso, voluntario o forzado, de una persona en el entramado organizativo de la Administración, de tal forma que quede

¹⁵⁵ LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki, ob. cit., pp. 148-149;

¹⁵⁶ RACIONERO CARMONA, Francisco, ob. cit., p. 52; LASAGABASTER, ob. Cit., p. 148. CORDERO VEGA, ob. Cit., p. 219

¹⁵⁷ LOPEZ BENITEZ, Mariano. 1994. Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción. Madrid, Editorial Civitas, pp. 161-162. Cabe tener en consideración que un sector de la doctrina ha sostenido que no es posible definir las relaciones de sujeción especial, pues sólo existirían una multiplicidad de relaciones especiales cuyo único denominador común consistiría en la modificación que sufre de alguna forma el estatus general del ciudadano en este tipo de relaciones. En este sentido, RODRIGUEZ ALONSO, Antonio, ob. cit., p. 44.

¹⁵⁸ LOPEZ BENITEZ, Mariano. 2013. La relación de sujeción del recluso con la Administración penitenciaria., p. 2. Conferencia pronunciada en Melilla el 22 de julio de 2013 dentro del Curso “Alternativas a la prisión.” [En línea] <http://amep.org.es/wp-content/uploads/2012/files/relacion.pdf>

¹⁵⁹ CORDERO VEGA, Luis; ob. Cit., p. 220; LOPEZ BENITEZ, “Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción...”, ob. cit., pp. 194 y ss.

dentro de su esfera jurídica. No es posible concebir la relación especial de sujeción sin el ingreso material del administrado en una organización administrativa puesto que ésta requiere precisamente una situación de intermediación y cercanía entre los sujetos que conforman el vínculo.

b) Integración duradera del administrado¹⁶⁰. La inserción del administrado se debe prolongar en el tiempo. No debe ser perpetua sino por el tiempo suficiente para que el administrado logre percibir que dentro de la organización administrativa se vive conforme a otras pautas de conductas a las cuales debe adaptarse.

La concurrencia de estos dos presupuestos en la relación jurídica penitenciaria es la que va permitir a la doctrina administrativista y penitenciaria sostener que el vínculo entre la población penal y la Administración Penitenciaria, se inserta dentro de la denominada categoría de relación de sujeción especial.

Es esta categoría administrativista, en su concepción clásica y primigenia, tal como se estudiará a continuación, la que va servir de base para justificar, por una parte, las mayores potestades que tiene la Administración con respecto a los reclusos y, por otra, para brindar un soporte técnico-jurídico a la desprotección jurídica en que tradicionalmente se ha encontrado la población penal con respecto a los operadores penitenciarios.

Pero como veremos a lo largo de este capítulo, en la medida que el derecho penitenciario moderno reconoce y garantiza los derechos fundamentales de los internos, ya no va ser posible concebir la relación jurídica penitenciaria tal como se la entendía desde la perspectiva clásica de la relación de sujeción especial, lo que permitiría disipar de alguna forma los resquemores que ha tenido algún sector de la doctrina (principalmente provenientes del ámbito penal) en cuanto a aceptar la naturaleza administrativa del derecho penitenciario.

Para entender lo anterior es necesario analizar la concepción tradicional y moderna de la relación jurídica penitenciaria, distinción que a nuestro juicio va a estar marcada por la aceptación o repudio de la concepción clásica de la relación de sujeción especial.

¹⁶⁰ Ibid, pp. 212-213.

En el siguiente capítulo veremos de qué forma se concibe la relación jurídica penitenciaria en Chile y qué consecuencias produce en el status jurídico de los internos.

II. LA CONCEPCIÓN CLÁSICA DE LA RELACIÓN JURÍDICA PENITENCIARIA.

Por tal entenderemos aquel período en que, desde un punto de vista doctrinal como jurisprudencial, se tiende a concebir la relación jurídica penitenciaria desde la perspectiva clásica de la relación de sujeción especial, en buena parte gracias a los aportes dogmáticos de Otto MAYER, Paul LABAND y Georg JELLINIK¹⁶¹.

En Alemania, país de origen esta teoría, será la concepción predominante hasta la dictación de la sentencia del Tribunal Constitucional alemán del 14 de marzo de 1972, la que producirá un quiebre en la forma de entender y concebir la relación jurídica penitenciaria¹⁶².

En lo que sigue, por considerar que se aviene mejor a los objetivos de esta tesis, revisaremos someramente los orígenes de esta teoría, sus postulados centrales y las principales consecuencias que trae su recepción en el ámbito penitenciario, sin detenernos a estudiar los aportes individuales que realizaron los iuspublicistas alemanes que contribuyeron a la elaboración de esta categoría¹⁶³.

1. Planteamiento central de la teoría clásica de la relación de sujeción especial. Justificación histórica de esta categoría administrativa.

Tras los planteamientos de los primeros administrativistas que comienzan a dar cuerpo a la doctrina clásica de la relación especial de sujeción en Alemania, a fines del siglo XIX, subyace la idea de otorgar un sustento teórico a la existencia de un

¹⁶¹ TELLEZ AGUILERA, "Seguridad y disciplina penitenciaria...", ob. cit., pp. 25-26; RIVERA BEIRAS, Iñaki, ob. cit., pp. 338 y ss.; MAPELLI CAFFARENA, Borja. 1993. Las relaciones especiales de sujeción y el sistema penitenciario. Estudios penales y criminológicos (16), pp. 288 y ss. Disponible en: <https://idus.us.es/xmlui/handle/11441/51197>; LOPEZ BENITEZ, Mariano, "Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción", ob. cit., pp. 55 y ss; LASAGABASTER HERRARTE, ob. cit., pp. 39 y ss;

¹⁶² RIVERA BEIRAS, Iñaki, ob. cit., p. 340.

¹⁶³ Para un estudio más detallado se puede consultar la obra de LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki, ob. cit, pp.39 y ss; LOPEZ BENITEZ, Mariano, ob. cit., pp. 53 y ss.

campo de actuación autónomo al monarca que no se viera limitado por la voluntad popular representada por el parlamento¹⁶⁴. Es por ello que TELLEZ AGUILERA sostiene que “la teoría de las relaciones especiales de sujeción nacen al socaire del “principio monárquico” como una reacción a la pérdida del poder ante su sometimiento al Derecho, pretendiendo con ello que la actividad puramente administrativa quede fuera del mismo, por entenderse doméstica al propio Estado”¹⁶⁵.

Para poder entender a cabalidad lo anterior, se debe tener en consideración el contexto sociopolítico por el cual atravesaba Alemania a fines del siglo XIX, consistente en el paso de un Estado Absoluto a una Monarquía Constitucional¹⁶⁶.

En este escenario histórico existían dos fuerzas políticas en pugna que estaban inmersas en una fase dialéctica de reacomodo de sus esferas y ámbitos de actuación¹⁶⁷. Por una parte, encontramos al Parlamento (representativo de los intereses de la burguesía y de la sociedad) que, inspirado en el constitucionalismo inglés y francés, pretendía someter el poder del monarca (la actividad del Estado) al Derecho, entendiendo que es a este poder del Estado al que le correspondía en forma exclusiva y principal la producción del derecho (a esto corresponde el principio democrático)¹⁶⁸. Por otra parte, encontramos al monarca (representativo de los intereses de la administración), que pretendía asegurar el mantenimiento de un ámbito de poder autónomo que no se viera limitado por las normas jurídicas¹⁶⁹. El Monarca procuraba asegurar su primacía política constitucional sobre el Parlamento (principio monárquico), fundándose en que era un órgano primario (su posición derivaba directamente de la Constitución y no del pueblo), independiente (lo que implicaba que su voluntad tenía una eficacia inmediatamente vinculante para el Estado y para los sometidos a él) y, por último, que contaba con una presunción de competencia (lo que implicaba que le correspondía todas aquellas facultades que no le habían sido expresamente negadas, a diferencia de los otros órganos estatales

¹⁶⁴ LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki, ob. cit., p.63.

¹⁶⁵ibídem, pp. 25-25.

¹⁶⁶ibídem, p.45; GARCÍA MACHO, Ricardo. 1992. Las relaciones de especial sujeción en la constitución española. Madrid, Tecnos, p.30; LOPEZ BENITEZ, Mariano, ob. cit., p. 49;

¹⁶⁷ LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki, ob. cit., pp.45-47; GARCÍA MACHO, Ricardo, ob. cit., pp.29-32; LOPEZ BENITEZ, Mariano, ob. cit., pp. 45 y ss;

¹⁶⁸ GARCÍA MACHO, Ricardo, ob. cit., p. 171.

¹⁶⁹ LOPEZ BENITEZ, Mariano, ob. cit., p. 46.; GARCÍA MACHO, Ricardo, ob. cit., pp. 31-32;

que se encontraban constreñidos a las competencias que expresamente se les había atribuido)¹⁷⁰.

La pregunta que buscan responder este sector de los administrativistas alemanes es de qué manera se puede asegurar el máximo de poder en el ejecutivo que no se encuentre sometido ni limitado por la ley¹⁷¹. Para ello distinguirán entre las relaciones que se producen en la esfera externa o interna del Estado¹⁷².

Las relaciones externas son aquellas que se producen entre el Estado y las particulares que componen la sociedad. Este tipo de relaciones se van a encontrar reguladas por el Derecho, pues para que opere éste se requiere la coexistencia de sujetos diferenciados entre los cuales se puede generar conflictos de voluntades e intereses. En estas relaciones, de carácter intersubjetivo, se considera que los Administrados gozan de personalidad jurídica autónoma y, por lo tanto, se les reconoce una serie de derechos y obligaciones. Este es el ámbito que corresponde a las relaciones de general sujeción (sociedad-Parlamento-Rey), en las que las actuaciones del Estado son controlables jurídicamente¹⁷³.

Por su parte, las relaciones internas son aquellas que se producen en el interior de la personalidad del Estado. Lo que aquí ocurra va ser tan irrelevante, jurídicamente, como lo que sucede en el interior de cada persona individual. Se trata de una esfera en que quedaría excluido el Derecho. Esto se explica porque, se entiende, que la esencia del Derecho es intersubjetiva, pero ello no ocurría cuando el administrado pasa a formar parte de la Administración, pues en ese caso ya no se le reconocería una personalidad jurídica autónoma¹⁷⁴.

Es esto último lo que va a ocurrir en las Relaciones de especial sujeción. Dado que se entiende que los administrados cualificados que se encuentran sometidos a este tipo de relaciones de sujeción especial pasan a formar parte del Estado, de su persona jurídica, las relaciones que establezca entre estas entidades y estos sujetos no va ser jurídica. Como señala LASAGABASTER “quien está inmerso en una RSE es parte del Estado, de su organización. Como el Estado no puede tener relaciones

¹⁷⁰ LOPEZ BENITEZ, Mariano, *ibid.* pp. 47-48.

¹⁷¹ LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki, *ob. cit.*, p. 62.

¹⁷² GARCÍA MACHO, Ricardo, *ob. cit.*, p. 35; LOPEZ BENITEZ, Mariano, *ob. cit.*, p. 52.

¹⁷³ GARCÍA MACHO, Ricardo, *ob. cit.*, p. 34.

¹⁷⁴ *ibídem*, p. 33

jurídicas consigo mismo, los sujetos integrados en una RSE no tienen «relaciones jurídicas» con el Estado, pues forman parte de él.”¹⁷⁵. Se puede decir entonces que “la Administración en el ámbito de las relaciones de especial sujeción se comporta con el señor en su propia casa”¹⁷⁶.

2. Consecuencias de la aceptación de la concepción clásica de las relaciones especiales de sujeción. Repercusiones en el ámbito penitenciario.

Los principales efectos de acoger la teoría clásica de las relaciones de sujeción especial son los que siguen¹⁷⁷:

2.1. En las relaciones especiales de sujeción no va operar el principio de legalidad.

En este contexto histórico de enfrentamiento entre dos poderes del Estado, se comienzan a desarrollar conceptos jurídicos fundamentales, como el de reserva de ley o de ley material, que van a estar condicionados por el proceso de reacomodo de esferas de actuación¹⁷⁸. Es así que el principio de reserva de ley va a servir tanto para limitar el poder del monarca como para brindarle un fundamento a la autonomía de la administración. En su primera función, este principio va servir para establecer que la regulación de determinadas materias, relacionadas en un comienzo con la libertad y la propiedad (ley material), debía quedar en manos del parlamento y que el monarca sólo podía actuar con respecto a estos bienes jurídicos facultado por una ley¹⁷⁹. En su segunda función, en cambio, va permitir reconocerle al monarca un ámbito de producción normativa y de actuación autónoma. Al parlamento sólo le

¹⁷⁵ ibídem, p. 47. Del mismo modo MAPELLI CAFFARENA, Borja, “las relaciones especiales de sujeción y el sistema penitenciario”, ob. cit. p., 288.

¹⁷⁶ GARCÍA MACHO, Ricardo, ob. cit., p. 49

¹⁷⁷ GARCÍA MACHO, Ricardo, ob. cit., pp. 44 y ss; LOPEZ BENITEZ, Mariano, ob. cit., p. 150; TELLEZ AGUILERA, Abel, ob. cit., p. 26;

¹⁷⁸ GARCIA MACHO, ob.cit, p. 35; BERMUDEZ SOTO, Jorge. 2010. Derecho administrativo general. Santiago, legal publishing, pp. 89 y ss; LASAGABASTER, ob. Cit, p. 65.

¹⁷⁹ GALLEGU ANABITARTE, ob. cit., pp. 28- 29; GARCIA MACHO, ob. Cit, p. 36; LASAGABASTER HERRARTE, ob. Cit., p. 75. Como señala GALLEGU ANABITARTE, el concepto de reserva de ley “(...) fue creado para que frente al poder ejecutivo- determinadas materias de la vida política fueran reguladas de manera abstracta y general por el Parlamento (el pueblo)”. En ob. cit., p. 29.

correspondía regular aquellas materias en que había reserva de ley (libertad y propiedad) y el resto de los asuntos podían ser libremente regulados por la administración, al tratarse de ámbito de “No-Derecho”¹⁸⁰.

A lo anterior, hay que agregar que de acuerdo a estos administrativistas alemanes los principios de reserva de ley y de ley material sólo tenían aplicación en las relaciones de sujeción general y no así en la esfera interna de la Administración en que el monarca conservaba una potestad normativa que podía ejercer discrecionalmente para la consecución de propios fines¹⁸¹. Es por ello que el principio de legalidad no tenía cabida en las relaciones de sujeción especial.

En el ámbito penitenciario esto va a traer como consecuencia que se va a desconocer el carácter de norma jurídica a las normas penitenciarias¹⁸². En efecto, si se considera que lo que ocurre dentro de la esfera interna de la Administración no constituye Derecho, entonces eso explica y justifica que los internos se vean sometidos a un modelo de ejecución no regulado jurídicamente¹⁸³. Las normas penitenciarias sólo serían normas interiores del Estado “que en la prestación de determinados servicios establece un régimen “doméstico” en un espacio libre de derecho”¹⁸⁴. Es a la propia administración la que le va a corresponder regular el marco estatutario que se les va a aplicar a los internos una vez que ingresen a un establecimiento penitenciario. Esto explica que en la fase de ejecución penal se produzca un fenómeno de “ablandamiento” del principio de legalidad.

2.2. En las relaciones especiales de sujeción no se reconocen los derechos fundamentales.

Las personas que se insertan a la organización administrativa, ya sea voluntaria o forzosamente, pasan a formar parte del aparato administrativo, de tal

¹⁸⁰ LASAGABASTER, ob. Cit, p. 7; GARCÍA MACHO, ob. Cit, p. 37

¹⁸¹ GALLEGO ANABITARTE, ob. Cit, p. 36; LASAGABASTER, ob. Cit, p. 66; GARCÍA MACHO, ob. Cit, p. 38.

¹⁸² MAPELLI CAFFARENA y TERRADILLOS BASOCO, ob. Cit., p. 114; ARTAZA VARELA y PALACIOS MARTINEZ, ob. Cit., p. 131.

¹⁸³ MAPELLI CAFFARENA, ob. Cit., p. 302.

¹⁸⁴ MAPELLI CAFFARENA y TERRADILLOS BASOCO,, ob. cit., p. 136.

forma que ya no se los consideran sujetos jurídicos independientes, sino que partes de la personalidad de la institución administrativa¹⁸⁵.

En estas relaciones no se verifica una de las condiciones esenciales para que los derechos fundamentales produzcan sus efectos, como es la existencia de dos sujetos de derechos diferenciados. Es por ello que se termina por aplicar las reglas del Derecho de cosas en la relación jurídica penitenciaria. En efecto, desde esta perspectiva cosificadora, el ingreso del administrado (interno) al círculo del establecimiento público va a producir una verdadera toma de posesión, una *traditio* a través de la cual la Administración va a incorporar a este sujeto como un objeto más a su propia estructura patrimonial.

Esto se traduce en que el titular del establecimiento podía actuar, con respecto al administrado, de la misma forma que el propietario con algunos de los bienes de su patrimonio¹⁸⁶.

2.3. Las relaciones de especial sujeción no pueden ser controladas judicialmente.

La cárcel ha sido históricamente y, por diversos factores, un espacio refractario a cualquier tipo de control externo¹⁸⁷. En este sentido, la doctrina clásica de la relación de sujeción especial va a aportar con algunos conceptos para permitir sostener que las actuaciones de la Administración no podían ser sometidas a un control judicial.

En base a esta teoría se distingue en la actividad de los poderes públicos las relaciones fundamentales y las relaciones de funcionamiento¹⁸⁸. Las primeras comprenden aquellas medidas que pueden afectar los derechos de los ciudadanos frente a los cuales estos últimos sí pueden acudir a los tribunales de justicia. Las segundas, en cambio, son aquellas que se adoptan dentro del marco organizativo de

¹⁸⁵ GARCÍA MACHO, ob. cit., p. 47.

¹⁸⁶ LOPEZ BENITEZ, Mariano, ob. Cit., pp. 77-78.

¹⁸⁷ CESANO, José Daniel. 2013. las expectativas respecto del control jurisdiccional. Capítulo III. En: CESANO, José Daniel y REVIRIEGO PICÓN, Fernando (coordinadores). Teoría y práctica de los derechos fundamentales en las prisiones. Montevideo, Editorial b de F, p. 81; MAPELLI CAFFARENA, BORJA, 2013. Ejecución y proceso penal. Revista pensamiento penal, pp. 3 y 4. Disponible: <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/37475-ejecucion-penal-y-proceso-penal>

¹⁸⁸ LASAGABASTER, ob. cit., pp. 131 y ss.

la Administración y, que al regularse por simples instructivos (que no tenían el carácter de actos administrativos), no serían posible de control judicial que sólo operaría en caso de estar en presencia de una norma jurídica general¹⁸⁹. A este último tipo de relaciones se encontrarían sometidas aquellas personas que, como los condenados, ingresan a un establecimiento penitenciario pasando a formar parte de éste.

Junto con el argumento anterior, se sostuvo que los Tribunales de Justicia no podían avocarse a controlar el ejercicio de las potestades discrecionales de la Administración por considerar que ello implicaba una vulneración al principio de separación de poderes, pues se entendía que cuando los Tribunales juzgaban los actos de la Administración, lo que estaban haciendo era realmente administrar¹⁹⁰.

La resistencia del control externo en la esfera penitenciaria también se explica por la complicidad de los Tribunales de Justicia. En este sentido, algunos operadores judiciales consideraron que todo lo que ocurría en el ámbito penitenciario, salvo algunas excepciones, debía desarrollarse sin la intervención de los órganos jurisdiccionales. Es lo que en Estados Unidos recibió el nombre de “hands off doctrine” o, “doctrina de las manos afuera”, que consistía en no entrometerse en las actuaciones realizadas por la Administración Penitenciaria, lo que implicaba que los condenados quedaban entregados al mero arbitrio y voluntad de la Administración Penitenciaria¹⁹¹.

Por todas estas razones es que durante buena parte del siglo XX se sostuvo que tras la dictación de la sentencia condenatoria se producía el desasimiento del Tribunal que no podía intervenir en la fase de ejecución penal.

2.4. La relación de sujeción especial servirá como fundamento para la potestad disciplinaria de la Administración.

En el ámbito penitenciario tradicionalmente se ha asociado la disciplina a la necesidad de sancionar las conductas antirreglamentarias dentro de un recinto

¹⁸⁹ GARCÍA MACHO, ob. cit., p. 48.

¹⁹⁰ GUZMÁN SUAREZ, Lionel. 2001. El control de la discrecionalidad administrativa en Chile. Tesis para optar al grado de magister en Derecho Público. Santiago, Universidad de Chile, pp. 66 y ss. BERMUDEZ SOSTO, ob. cit., p. 251.

¹⁹¹ CESANO, José Daniel, ob. cit., p. 82

penitenciario¹⁹². Se considera que si en toda agrupación humana se requiere para asegurar una convivencia armónica de orden y disciplina, en un recinto penitenciario esto cobra mayor importancia dada la falta de disciplina social y escasa capacidad de autocontrol que muestra la población penal. Es por ello que para la doctrina que adhiere a una concepción autoritaria del régimen disciplinario penitenciario (en contraposición a una concepción reformadora), lo que se busca a través de la disciplina es simplemente lograr el sometimiento, la obediencia y colaboración de la población penal a fin de asegurar con ello el orden necesario para el adecuado funcionamiento del establecimiento penitenciario¹⁹³. En términos sintéticos Lucas SANCHEZ sostiene que sin disciplina los recintos penitenciarios se convierten en burdeles¹⁹⁴.

Desde esta perspectiva a nivel comparado se ha recurrido a la teoría clásica de las relaciones de sujeción especial para justificar y fundamentar, en el ámbito penitenciario, la existencia de un régimen disciplinario especial¹⁹⁵. En particular en las siguientes materias:

a) Para justificar que el régimen disciplinario se regule por una fuente normativa secundaria. Se utiliza esta teoría para explicar por qué razón es el Reglamento penitenciario y no una ley la que tipifique las infracciones disciplinarias¹⁹⁶. Se sostiene que la potestad disciplinaria estaría inserta dentro del privilegio de la autotutela de la administración por lo que se limitaría en este ámbito la aplicación del principio de legalidad y de reserva de ley. Es así que el Tribunal Constitucional español, en sentencia de 2/87 sostuvo que “el *ius puniendi* no es el genérico del Estado y por tanto la propia reserva de Ley pierde parte de su fundamentación material, dado el carácter en cierta medida insuprimible de la potestad reglamentaria, expresiva de la capacidad propia de autoordenación”¹⁹⁷.

¹⁹² TELLEZ AGUILERA, Abel. ob. Cit., p. 170.

¹⁹³ RODRIGUEZ ALONSO, Antonio, ob. cit., p. 170.

¹⁹⁴ Citado por TELLEZ AGUILERA, Abel, ob. Cit., p. 170

¹⁹⁵ GONZALEZ CANO, María., ob. Cit., p. 278.

¹⁹⁶ TAMARIT SUMALLA, Josep-Maria, “la relación jurídica penitenciaria...”, ob. cit., p. 79.

¹⁹⁷ Ídem.

b) Para justificar que sea la propia Administración penitenciaria la que impone las sanciones penitenciarias. La teoría clásica de las relaciones de sujeción especial ha servido para justificar que la Administración sea juez y parte al aplicar una sanción penitenciaria a los internos. Así, el Tribunal Constitucional español, en sentencia de 18 de junio ha señalado que “es normal e incluso necesario que cuando la Administración actúa en ejercicio de su potestad disciplinaria sean órganos administrativos y no judiciales los que la ejerzan, respecto de los cuales no es exigible la neutralidad y imparcialidad en su composición que reclama el recurrente” (STC 74/1985)¹⁹⁸. Sobre este punto nos volveremos a referir en el siguiente capítulo.

c) Para justificar que la Administración penitenciaria pueda imponer como sanción el aislamiento en celda. El Tribunal Constitucional español ha acudido a esta teoría para sostener que la Administración Penitenciaria al establecer la sanción de aislamiento en celda, no estaría infringiendo con ello la prohibición constitucional, contenida en el artículo 25 N° 3 de la carta fundamental de ese país, que señala que la administración civil no va a poder imponer sanciones que, directa o indirectamente, impliquen privación de libertad. En este caso se sostiene que el *status libertatis* del interno se ve modificado producto de la relación de sujeción especial y que, de esta forma, no habría inconveniente a la aplicación de una sanción de aislamiento en la medida que al ingresar al establecimiento penitenciario el interno pierde con ello su derecho fundamental a la libertad ambulatoria (Tribunal Constitucional en sentencia del 2/87)¹⁹⁹.

d) Para justificar la restricción de los derechos fundamentales de los internos. El Tribunal Constitucional español ha recurrido a esta categoría del derecho administrativo para justificar la restricción a las garantías establecidas en el artículo 6 del Convenio de Roma en materia de régimen disciplinario. Resulta paradigmático la STC 2/1987, del 21 de enero,

¹⁹⁸ Ídem.

¹⁹⁹ Ídem.

que señala que “el interno se integra en una institución preexistente y que proyecta su autoridad sobre quienes, al margen de su condición común de ciudadanos, adquieren el status específico de individuos sujetos a un poder público que no es el que, con carácter general, existe sobre el común de los ciudadanos. En virtud de esa sujeción especial, y en virtud de la efectividad que entraña ese sometimiento singular al poder público, el *jus puniendi* no es el genérico del Estado”²⁰⁰.

3. Crítica a la concepción clásica de las relaciones de sujeción especial.

La crítica principal que se le hace a la concepción clásica de la relación de sujeción especial es que en un Estado de Derecho no es posible sostener que existan ámbitos de la actividad de la Administración que se ejercen extramuros del Derecho, esto es, que no se encuentren sometidos a las normas jurídicas ni al control judicial, en especial cuando esto involucra la restricción de derechos fundamentales²⁰¹. Se concibe, entonces, como un resabio autoritario del Estado Absoluto que no se condice con un Estado democrático de derecho.

III. LA CONCEPCIÓN MODERNA DE LA RELACIÓN JURÍDICA PENITENCIARIA.

Si bien hubo un sector minoritario de los administrativistas que se opuso a la categoría clásica de las relaciones especiales de sujeción²⁰², va ser un fallo del Tribunal Constitucional alemán de 1972 el que va hacer tambalear, al menos en el plano doctrinario, los cimientos de esta teoría en el ámbito penitenciario, de tal forma que para un sector importante de los autores ya no va ser posible entender la

²⁰⁰ En FERNÁNDEZ AREVALO, Luis, ob. Cit., p. 212; CALVET BAROT, Gemma. 1996. El régimen disciplinario penitenciario. En: RIVERA BEIRAS, Iñaki (coordinador). La cárcel en el Sistema penal (un análisis estructural). 2º edición. Barcelona, Editorial María Jesús Bosch, p. 224.

²⁰¹ LASAGABASTER HERRATES, Iñaki, ob. cit., p. 137; MAPELLI, Borja y TERADILLOS, Juan ob. cit, P. 114;

²⁰² Cabe destacar a SEYDEL y HERZFELDER que niegan la validez de esta categoría por considerarla como un poder ejercido extramuros del derecho y MERKL para quien basta para explicar los deberes de los súbditos el principio de legalidad. Al respecto se puede consultar LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki, ob. cit., pp. 49 y ss.

relación jurídica penitenciaria como una relación especial de sujeción y, para otros, en cambio, va implicar un esfuerzo para adaptar esta categoría administrativa a los principios y garantías que rigen en un Estado de derecho²⁰³.

A nuestro entender y, sin por ello pretender restarle la enorme importancia que la doctrina le confiere a esta sentencia, nos parece que la causa primordial de la reformulación de la relación jurídica penitenciaria está directamente relacionada con el desarrollo alcanzado tras la segunda mitad del siglo XX por el derecho internacional de los derechos humanos.

Es a partir de esta normativa y de las sentencias emanadas de los Tribunales internacionales de derechos humanos que se irán configurando los principios modernos del derecho penitenciario moderno que repercutirán directamente en la forma de concebir la relación jurídica penitenciaria.

1. Superación de la concepción clásica de la relación de sujeción especial a partir de la sentencia del Tribunal constitucional alemán del 14 de marzo de 1972.

Esta resolución judicial va a poner en vilo las ideas y consecuencias fundamentales de la concepción clásica de las relaciones de especial sujeción, a tal punto que la doctrina mayoritaria “[...] considera que a partir de esa sentencia la reserva de ley, los derechos fundamentales y la protección de los tribunales está garantizados en el ámbito de las relaciones de especial sujeción”²⁰⁴. En efecto, a partir de este pronunciamiento ya no va ser posible seguir concibiendo la relación jurídica penitenciaria como un espacio de ajuridicidad en que la Administración Penitenciaria podía ejercer discrecionalmente sus potestades con respecto a la población penal sin que sus actuaciones pudiesen ser objeto de un control judicial.

²⁰³ La importancia de esta sentencia es destacada entre otros por RIVERA BEIRAS, Iñaki, ob. cit., pp. 341 y ss; ARTAZA VARELA, Osvaldo y PALACIOS MARTINEZ, Marcela, ob. cit., pp. 138-139; KENDALL GRAIG, Stephen, ob. cit., pp. 27 y ss.; PEREZ CEPEDA, Ana. 2001. Lección 6. De los derechos y deberes de los internos. La relación jurídica penitenciaria.. En: BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio y ZUÑIGA RODRIGUEZ, Laura (Coords.). Manual de derecho penitenciario. Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, p. 144; TAMARIT SUMALLA, Josep-María, “et al”, ob. cit. p. 77; TELLEZ AGUILERA, Abel. ob. cit., pp. 77 y ss; MAPELLI CAFFARENA, Borja, ob. Cit., pp. 303 y ss; GARCIA MACHO, Ricardo, ob. cit., pp. 82 y ss.

²⁰⁴ GARCÍA MACHO, Ricardo, ob. cit., p. 84

De esta forma se va dar por superado la concepción clásica de las relaciones especiales de sujeción en el ámbito penitenciario.

En este fallo el Tribunal Constitucional alemán tuvo que conocer y resolver de un recurso presentado por un recluso mediante el cual pretendía que se dejara sin efecto una circular administrativa penitenciaria en la que se contenían limitaciones al ejercicio de sus derechos fundamentales. A través de esa circular se facultaba, por razones de seguridad, a la Administración Penitenciaria a controlar las cartas de los internos.²⁰⁵ El fallo del TC, acogiendo las pretensiones del demandante, señalará que “los derechos fundamentales de los internos en un establecimiento penitenciario sólo pueden ser limitados mediante o en base a una ley”²⁰⁶. Además, el fallo establece que los derechos fundamentales de los internos sólo se pueden restringir en la medida que ellos “sea imprescindible para alcanzar uno de los fines cubiertos por el orden valorativo de la Constitución y relativos a la comunidad y en la forma constitucionalmente prevista para ello”²⁰⁷.

La importancia de esta sentencia en la forma de concebir la relación jurídica penitenciaria se traduce en lo siguiente:

a) **Se afirma la vigencia del principio de legalidad en las relaciones de sujeción especial.** Hasta la dictación de esta sentencia se consideraba que dado que los internos estaban sometidos a una relación de sujeción especial, la regulación del régimen penitenciario se debía hacer por medio de normas de rango reglamentario. Pero como vimos, el fallo del TC alemán establece claramente que sólo es posible limitar los derechos fundamentales de los internos a través de una ley y no por medio de una norma de inferior jerarquía. Es por ello que en la sentencia el Tribunal ordena

²⁰⁵ En el caso específico sobre el cual le toca pronunciarse al TCA, la carta del interno demandante, que iba dirigida a un miembro de una organización de defensa y ayuda a las personas privadas de libertad, fue objeto de censura y de otras medidas establecidas en el reglamento interno del penal por considerarse que contenía expresiones injuriosas para el personal del recinto penitenciario. En su demanda el interno sostiene que con esta circular se infringen su derecho al secreto de la correspondencia y a la libertad de opinión. Al respecto, GARCÍA MACHO, Ricardo, ob. cit., pp. 83-84. BERMUDEZ SOTO, Jorge, ob.cit., p. 62.

²⁰⁶ Citado por RIVERA BEIRAS, Iñaki, ob. cit., p. 342.

²⁰⁷ Idem.

que se dicte una ley de ejecución penal, lo que ocurriría recién el 16 de marzo de 1976 con la entrada en vigencia de la Ley Penitenciaria alemana²⁰⁸.

b) **Se reconocen los derechos fundamentales de los internos.**

Como destaca MAPELLI CAFFARENA, con esta sentencia irrumpe definitivamente en el derecho penitenciario el lenguaje de derechos del penado al que tradicionalmente no se estaba acostumbrado²⁰⁹. Ya no va ser posible, por lo tanto, negar la vigencia de los derechos fundamentales de los internos. Pese a ello, esta resolución no impide que se puedan restringir los derechos fundamentales de los internos en la medida que esto sea estrictamente necesario para el adecuado funcionamiento del establecimiento penitenciario. Como señala LASAGABASTER, “ni los derechos fundamentales pueden ser víctimas de las RSE, de tal forma que se vean sacrificadas por éstas. Ni al contrario, que aquellos eviten que las RSE puedan cumplir la función para la que están establecidas o, en otros términos, impida la funcionalidad de esa concreta institución”²¹⁰.

c) **Se establece que las relaciones especiales de sujeción son susceptibles de control judicial.** En su concepción tradicional, al ser concebidas las relaciones especiales de sujeción como parte de la esfera interna de la Administración, no se las consideraba como relaciones jurídicas y, por lo mismo, no podían ser objeto de control judicial. Con ello se producía una desprotección jurídica absoluta del interno frente a las actuaciones de la Administración penitenciaria. En efecto, si bien el artículo 19, número 4, de la Ley Fundamental de Bonn establecía un principio general de garantía judicial de los derechos fundamentales al disponer que “toda persona cuyos derechos sean vulnerados por el poder público, podrá recurrir a la vía judicial”, lo cierto es que hasta el año 1972 se consideraba que esa norma no tenía aplicación

²⁰⁸ KENDALL GRAIG, Stephen, ob. cit., pp. 28-29

²⁰⁹ MAPELLI CAFFARENA, Borja, ob. cit., p. 304.

²¹⁰ LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki, ob. cit., p. 119. Es por ello que se ha sostenido que estas modulaciones o limitaciones de los derechos fundamentales de los internos deben tener en consideración al **principio de necesidad** (que sean estrictamente necesarias para cumplir los fines de la institución); de **proporcionalidad** (que vaya en relación con las necesidades del funcionamiento de la institución); y, por último, el de la **recognoscibilidad** (que se asegure un contenido mínimo al derecho fundamental que permita su reconocimiento). Al respecto, RODRIGUEZ-MARAGARIÑOS, Faustino Gudín, ob. cit., p. 36.

en las relaciones de especial de sujeción²¹¹. Pero tras el fallo de Tribunal Constitucional alemán se entiende que toda actividad de la Administración que pueda afectar los derechos de los administrados va a estar sometida a control de los tribunales de justicia²¹². Las relaciones de sujeción especial ya no pueden servir para justificar la exclusión del control de cierta actividad de la Administración, más aun cuando esta actividad se pueda afectar los derechos fundamentales de los administrados.

d) **Se reformula el significado de la pena de prisión.** Como destaca MAPELLI CAFFARENA, la teoría de las relaciones especiales de sujeción se puede asociar más bien a una visión retributiva de los fines de la pena²¹³. De esta forma, al ser concebida la pena privativa de libertad como un mal que se causa al delincuente, los recintos penitenciarios pasan a ser un espacio de No-Derecho en el que no se le reconocen derechos a los internos ni la tutela de los mismos²¹⁴. Esto significaba que el condenado a una pena privativa de libertad debía “[...] sentir la absoluta desprotección jurídica, que se suma al daño físico de la pena”²¹⁵. Pero tras este fallo se produce una reformulación del fin de la pena privativa de libertad, cobrando real importancia las metas resocializadoras lo que lleva a sostener a MAPELLI CAFFARENA que “por vez primera los fines de la pena no se diseñaban contra el penado sino tratando de comprometerlo en un programa positivo para su propia biografía”²¹⁶.

Por todo lo anterior es que sostenemos que la real importancia de esta sentencia estriba en que ya no va ser posible, al menos en un plano doctrinario, seguir concibiendo la relación jurídica penitenciaria desde la óptica de la teoría clásica de la relación de sujeción especial²¹⁷.

²¹¹ GARCÍA MACHO, Ricardo, ob. cit., pp. 100 y ss.; LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki, ob. cit., p. 136

²¹² LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki, ob. cit., p. 136

²¹³ MAPELLI CAFFARENA, Borja, ob. cit., p. 304

²¹⁴ KENDALL GRAIG, Stephen., ob. Cit., p. 37.

²¹⁵ MAPELLI CAFFARENA, Borja, ob. cit., p. 304

²¹⁶ Ibídem p. 305.

²¹⁷ En lo que no hay consenso en la doctrina es si con este fallo se da por superada definitivamente esta categoría administrativa o bien si subiste, pero adecuándose a los principios y garantías que rigen en un Estado de Derecho.

2. Reformulación de la relación jurídica penitenciaria a partir del derecho internacional de los derechos humanos.

Sin desconocer la enorme importancia que tuvo la sentencia del TC alemán de 1972, tanto en el derecho alemán como en la doctrina comparada, lo cierto es que a nuestro entender y, tal como lo planteamos anteriormente, no es posible concebir la concepción moderna de la relación jurídica penitenciaria sin tener en consideración el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos y, en particular, sus procesos históricos de internacionalización, generalización y especificación²¹⁸.

La trascendencia del derecho internacional de los derechos humanos en la reformulación de la relación jurídica penitenciaria se sustenta en lo siguiente:

A. En el reconocimiento de la dignidad humana de las personas privadas de libertad (proceso de generalización).

En base a este principio se sostiene que no se puede desconocer a ninguna persona su dignidad, ni los derechos que emanan de ella, por más vil o baja que hayan sido sus conductas o actos²¹⁹.

Es así que para un sector de la doctrina la categoría de las relaciones de sujeción especial debiese remplazarse por la teoría de la prestación de servicios públicos (MAPELLI CAFFARENA; Borja. 1993. El sistema penitenciario, los derechos humanos y la jurisprudencia constitucional. Revista de Instituto Bartolomé de las Casas 1 p. 438; COTINO HUESO, Lorenzo. 1999. Relaciones de especial sujeción: su diversa evolución en Alemania y España. Revista del Poder Judicial N° 55, pp. 318 y ss.).

Otro sector de la doctrina ha entendido que esta sentencia más que implicar una superación total y absoluta de esta categoría administrativa, sólo trajo como consecuencia su juridización (TELLEZ AGUILERA, Abel., ob. cit., p. 27). En este sentido GARCÍA MACHO sostiene que no es correcto afirmar que la sentencia del TC alemán haya implicado la desaparición de esta categoría, pues todavía se faculta la limitación de los derechos fundamentales que era su principal función. Agrega, además, que en el derecho español esta categoría ha experimentado un fenómeno de constitucionalización. En GARCÍA MACHO, Ricardo, ob. cit., p. 208. Sin embargo MAPELLI cuestiona lo postulado por GARCÍA MACHO, pues considera que la principal función de esta categoría no es tanto fundamentar la limitación de los derechos fundamentales, sino más bien justificar que el Estado lo pudiera hacer en un marco ajeno al Derecho, con total discrecionalidad.

²¹⁸ ARTAZA VARELA, Osvaldo y PALACIOS MARTINEZ, Marcela, ob. cit., pp. 31 y ss.; SQUELLA NARDUCCI, Agustín. 2014. Introducción al derecho. Santiago, Legal Publishing, pp. 200 y ss.

²¹⁹ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. 2013. Derechos fundamentales y garantías constitucionales. Tomo I. Dogmática de los derechos fundamentales, interpretación de derechos y derechos de la personalidad. Cuarta edición. Santiago de Chile, Librotecnia, p.12

Se trata de una cualidad intrínseca, irrenunciable e inherente a todo ser humano que actúa como un *mínimum invulnerable* que no puede ser desconocida ni por el ordenamiento jurídico ni por los operadores jurídicos.

Es así que en el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se establece que “Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”.

Por su parte, en el primero de los Principios básicos para el tratamiento de los reclusos se establece que “todos los reclusos serán tratados con el respeto que merecen su dignidad y valor inherentes de seres humanos”.

Del mismo modo el principio 1 del Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión establece que “toda persona sometida a cualquier forma de detención o prisión será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”²²⁰.

Esta dignidad es la fuente y fundamento de todos los derechos fundamentales que se les reconocen a los hombres.²²¹

B. En el proceso de especificación de los derechos humanos.

La población penal forma parte de un grupo diferenciado, es decir, de un colectivo de personas que se encuentran en una situación precaria en cuanto al disfrute de sus derechos y condiciones de vida, puesto que se encuentran encerrados en recintos penitenciarios que se caracterizan por ser espacios de exclusión y segregación social.²²²

Por esta razón es que los internos requieren de una protección especial (discriminación inversa) para superar el desequilibrio o la desigualdad a la que se

²²⁰ En nuestro Derecho el artículo 1 de la CPR dispone que “las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”

²²¹ CEA EGAÑA, José Luis, 2004, Derecho Constitucional Chileno, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile. Tomo II, p. 40; NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, ob. Cit., p. 14; MEDINA JARA, Rodrigo. 2004. Las normas internacionales generales sobre derechos humanos y el desarrollo de los derechos en el ámbito penitenciario. Gaceta jurídica (290), p.17.

²²² LOPEZ MELERO, Montserrat. 2012. Consideración de los presos como sujetos de derechos fundamentales. Cuadernos electrónicos de derechos humanos y democracia (7), p.78; También se puede consultar de la misma autora su tesis doctoral Los derechos fundamentales de los presos y su reinserción social. 2011. Tesis para la obtención del grado de Doctor en Derecho. Alcalá de Henares, Universidad de Alcalá, Facultad de Derecho, pp. 145 y ss.

encuentran sometidos dentro de la relación jurídica penitenciaria. No basta, entonces, que se les reconozca su dignidad y los derechos fundamentales generales que emanan de ella, sino que se requiere el desarrollo de una tutela específica.

Lo anterior se engarza directamente con el proceso de especificación de los derechos humanos que implica que se han ido elaborando catálogo de derechos atribuibles a sólo cierto grupo de sujetos que, por diversas razones (sociales, culturales, físicas y psíquica), se encuentran en una situación de desventaja respecto a sus semejantes²²³.

Es lo que se denomina como “derecho de grupos” que, de acuerdo a Benito DE CASTRO, son “derechos atribuidos a conjuntos determinados de sujetos en función de las peculiares circunstancias en que se realiza su existencia”²²⁴.

El derecho penitenciario, en este sentido, se erige como un derecho de minorías²²⁵. En efecto, es posible apreciar dos categorías de derechos con respecto a los internos: por una parte, los derechos fundamentales que son aquellos que se le reconocen al interno en su calidad de persona y como miembro de la sociedad; por otra parte, encontramos los derechos penitenciarios que son aquellos que se le reconocen sólo a las personas que se encuentran privadas de libertad y que deben ser reconocidos y garantizados por la propia Administración Penitenciaria (como el derecho a comunicarse con el exterior o aquellos que se refieren a las condiciones carcelarias).

Estos últimos son los que obedecen al fenómeno de especificación ya mencionado y que dan origen a una normativa penitenciaria internacional dentro de las cuales cabe destacar las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV), de 31 de julio de 1957, y 2076 (LXII), de 13 de mayo de 1977; Principios de Ética médica aplicables a

²²³ SQUELLA NARDUCCI, Agustín, ob. cit., pp. 224-225; RIVERA BEIRAS, Iñaki, ob. cit., pp. 17-19.

²²⁴ Citado por SQUELLA NARDUCCI, Agustín, ob. Cit., p. 224.

²²⁵ LOPEZ MELERO, Montserrat, “Consideración de los presos como sujetos de derechos fundamentales...” ob. cit., p. 80.

la protección de personas presas o detenidas contra la tortura, adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1982; Procedimientos para la aplicación efectiva de las reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, 1984/47; Las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing), adoptadas por la Asamblea General en su resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1998; Los Principios básicos para el tratamiento de los reclusos , adoptados y proclamados por la Asamblea general en su resolución 45/111, de 14 de diciembre de 1990; Las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, adoptadas por la Asamblea general en su resolución 45/113 de 14 de diciembre de 1990.

En definitiva, a las personas privadas de libertad ya no solo se les reconoce los derechos inherentes a cualquier persona, sino que también se les reconoce un catálogo de derechos específicos, relativos a la pena privativa de libertad, los que deben ser reconocidos y garantizados por la Administración Penitenciaria²²⁶.

C. En la posición de garante del Estado.

En el ámbito interamericano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en diversos fallos, ha sostenido que, dada la situación especial de vulnerabilidad en que se encuentran los reclusos frente a la Administración Penitenciaria, al Estado le corresponde asumir un rol más activo para asegurar el respeto a la dignidad y a los derechos de las personas privadas de libertad dentro del contexto de la relación jurídica penitenciaria.

A esto se le ha denominado la Teoría de la Posición de garante que implica que el Estado debe conferir una protección especial a los internos debiendo, para ello, adoptar las medidas necesarias para asegurar el pleno goce y ejercicio de los

²²⁶ Así se establece en CENTRO DE DERECHOS HUMANOS DE LA UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES. 2006, op. cit.,p. 128. Del mismo modo en CENTRO DE DERECHOS HUMANOS DE LA UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES. 2007. Informe anual sobre derechos humanos en Chile. Santiago, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, p. 28. [en línea] <<http://www.derechoshumanos.udp.cl/derechoshumanos/index.php/informe-ddhh-2007>> [consulta: 16 de marzo de 2017]

derechos fundamentales por parte de la población penal, así como, evitar que los agentes de la Administración penitenciaria realicen acciones que puedan lesionar la vida e integridad física de los reclusos²²⁷.

En la práctica esto se traduce en que el Estado se hace responsable de todo lo que ocurra a las personas privadas de libertad dentro de los recintos penitenciarios, de tal forma que la autoridad penitenciaria debe rendir cuenta y explicar a la comunidad las decisiones que adoptan y, de los procedimientos que se aplican, para no dejar espacios a la discrecionalidad y arbitrariedad de sus actuaciones²²⁸. En caso que ello no ocurra, el Estado se hace responsable de la violación de los derechos humanos que puedan eventualmente sufrir los reclusos por parte de la Administración Penitenciaria.

Así en la sentencia del 25 de noviembre de 2006, del CASO MIGUEL CASTRO VS. PERÚ, en el párrafo 273, la Corte sostiene que "(...) el Estado es responsable, en su condición de garante de los derechos consagrados en la Convención, de la observancia del derecho a la integridad personal de todo individuo que se halla bajo su custodia. Es posible considerar responsable al Estado por las torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes que sufre una persona que ha estado bajo la custodia de agentes estatales, si las autoridades no han realizado una investigación

²²⁷AGUILÓ, Pedro y MILOS, Catalina. 2013. Personas privadas de libertad y medidas disciplinarias en Chile. Análisis y propuesta desde una perspectiva de derechos humanos. Santiago, Andros Impresores, p. 24; UNIDAD DE DEFENSA PENITENCIARIA, 2011, La doctrina de las relaciones de sujeción especial en la jurisprudencia. Defensoría Penal Pública, Unidad de Defensa Penitenciaria. Documento de trabajo N° 1, Santiago. p. 6. [en línea] <<http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataBank/6021.pdf>> [consulta: 16 de marzo 2017]; KENDALL GRAIG, Stephen, ob. Cit., p. 35; CASTRO, Alvaro, CILLERO, Miguel y MERA, Jorge. 2010. Derechos fundamentales de los privados de libertad. Guía práctica con los estándares internacionales en la materia. Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, pp. 29 y ss. ASTROZA SUAREZ, Paulina y RUDNICK VIZCARRA, Carolina.2013. Protección internacional de los derechos humanos de los reclusos. En: CESANO José Daniel y REVIRIEGO PICÓN, Fernando (Coords.). Teoría y práctica de los derechos fundamentales en las prisiones. Buenos Aires, Editorial B de F, pp. 33 y ss.

²²⁸ INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS.2012. Estándares internacionales en materia de personas privadas de libertad y condiciones de los centros penitenciarios: sistematización, análisis y propuestas. Santiago, Grafica Lom, p. 19; AGUILÓ, Pedro y MILOS, Catalina, ob. cit., p. 25; UNIDAD DE DEFENSA PENITENCIARIA, ob. cit, p. 6.

sería de los hechos seguida del procesamiento de quienes aparezcan como responsables de ello”.²²⁹

En otro fallo emblemático, del 2 de septiembre de 2004, en el CASO INSTITUTO DE REEDUCACIÓN DEL MENOR VS. PARAGUAY, la Corte sostuvo, en sus párrafos 152 y 153 que “frente a las personas privadas de libertad, el Estado se encuentra en una posición especial de garante, toda vez que las autoridades penitenciarias ejercen un fuerte control o dominio sobre las personas que se encuentran sujetas a su custodia. De este modo, se produce una relación e interacción especial de sujeción entre la persona privada de libertad y el Estado, caracterizada por la particular intensidad con que el Estado puede regular sus derechos y obligaciones y por las circunstancias propias del encierro, en donde al recluso se le impide satisfacer por cuenta propia una serie de necesidades básicas que son esenciales para el desarrollo de una vida digna. Ante esta relación e interacción especial de sujeción entre el interno y el Estado, este último debe asumir una serie de responsabilidades particulares y tomar diversas iniciativas especiales para garantizar a los reclusos las condiciones necesarias para desarrollar una vida digna y contribuir al goce efectivo de aquellos derechos que bajo ninguna circunstancia pueden restringirse o de aquéllos cuya restricción no deriva necesariamente de la privación de libertad y que, por tanto, no es permisible. De no ser así, ello implicaría que la privación de libertad despoja a la persona de su titularidad respecto de todos los derechos humanos, lo que no es posible aceptar”.²³⁰

Por su parte la Comisión Interamericana de derechos Humanos, en su principio I de los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, establece que “(...) tomando en cuenta la posición especial de garante de los Estados frente a las personas privadas de libertad, se les

²²⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Penal Miguel Castro Castro con Perú, sentencia 25 de noviembre del 2006, [en línea] <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf> [consulta: 16 de marzo de 2017].

²³⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Instituto de Reeducción del Menor” con Paraguay; sentencia 2 de septiembre del 2004, [en línea] <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_112_esp.pdf> [consulta: 16 de marzo d 2017].

respetará y garantizará su vida e integridad personal, y se asegurarán las condiciones mínimas que sean compatibles con su dignidad”.²³¹.

En la misma línea, en el Informe N°41/99, caso 11.491, Menores Detenidos, honduras, del 10 de marzo de 1999, la Comisión sostuvo que “[...] el Estado, al privar de libertad a una persona, se coloca en una especial posición de garante de su vida e integridad física. Al momento de detener a un individuo, el Estado lo introduce en una "institución total", como es la prisión, en la cual los diversos aspectos de su vida se someten a una regulación fija, y se produce un alejamiento de su entorno natural y social, un control absoluto, una pérdida de intimidad, una limitación del espacio vital y, sobre todo, una radical disminución de las posibilidades de autoprotección. Todo ello hace que el acto de reclusión implique un compromiso específico y material de proteger la dignidad humana del recluso mientras esté bajo su custodia, lo que incluye su protección frente a las posibles circunstancias que puedan poner en peligro su vida, salud e integridad personal, entre otros derechos [...] La obligación que dimana de esta posición de garante implica entonces que los agentes del Estado no sólo deben abstenerse de realizar actos que puedan infligir lesiones a la vida e integridad física del detenido, sino que deben procurar, por todos los medios a su alcance, mantener a la persona detenida en el goce de sus derechos fundamentales y, en especial, del derecho a la vida y la integridad personal. De esa suerte, el Estado tiene la obligación específica de proteger a los reclusos de los ataques que puedan provenir de terceros, incluso de otros reclusos”.

Todo lo anterior implica que desde el ámbito americano de los derechos humanos se ha dado un vuelco positivo a la concepción tradicional de la relación jurídica penitenciaria de tal forma que, hoy en día, se entiende que una vez que ingresa una persona a un recinto carcelario, dada la condición de vulnerabilidad que se encuentra frente a la Administración Penitenciaria, corresponde al Estado brindarle la protección necesaria y suficiente para el respeto de sus derechos hasta el punto de convertirse en su garante.

²³¹ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2008. Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas. [en línea] <<http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/PrincipiosPPL.asp>> [consulta: 16 de marzo del 2017].

Desde esta nueva perspectiva ya no es dable sostener la concepción tradicional de la relación especial de sujeción.

3. Consecuencias de la nueva concepción de la relación jurídica penitenciaria:

La relación penitenciaria se concibe actualmente como una relación jurídica compleja a la cual se le van aplicar ciertos principios rectores del derecho penitenciario moderno que resultan incompatibles con la doctrina clásica de las relaciones de sujeción. Lo anterior se traduce en lo siguiente:

*1.1 La relación que se establece entre la Administración Penitenciaria y la población penal da lugar a un vínculo jurídico del cual emanan una serie de derechos y deberes recíprocos.*²³²

De este enunciado debemos destacar tres aspectos fundamentales.

a) La juridicidad de la relación penitenciaria: Este vínculo se encuentra regulado por el Derecho desde sus momentos fundacionales hasta su culminación. Como señala LOPEZ BENITEZ le va corresponder al ordenamiento jurídico diseñar el fin de la relación jurídica, el contenido de los derechos subjetivos y la posición en que se van a encontrar cada uno de los sujetos del vínculo²³³.

b) El carácter intersubjetivo de la relación penitenciaria: El concepto de relación jurídica presupone el contacto entre dos personas distintas que se encuentra determinada por una regla. Con esto se supera la perspectiva cosificadora o patrimonialista que concebía al recluso como una cosa de la Administración²³⁴. Al respecto LOPEZ BENITEZ sostiene que “La relación penitenciaria se establece, como todas las relaciones jurídicas, según la temprana caracterización que hiciera SAVIGNY, entre dos personas. El Derecho no ve ya al interno como una simple pertenencia del establecimiento utilizable al albur del *dominus* de éste; antes bien, el recluso es un sujeto de derecho, con todo lo que ello entraña desde la perspectiva

²³² TELLEZ AGUILERA, Abel, “Seguridad y disciplina penitenciaria...”, ob. cit., p 21.

²³³ LOPEZ BENITEZ, ob. Cit., p. 165.

²³⁴ RODRIGUEZ ALONSO, ob. Cit., pp. 41-42.

de su personalidad y de su esfera de capacidades (...)”²³⁵. El recluso deja de ser entonces una cosa de la Administración y pasa a ser un sujeto de derecho.

c) La titularidad de derechos y obligaciones recíprocos entre ambas partes de la relación. Recibe el calificativo de compleja una relación jurídica cuando establece un entramado de derechos y obligaciones recíprocos entre las partes, de tal forma que cada sujeto es titular de derechos y obligaciones que se encuentran coligados a los derechos y obligaciones de la otra parte²³⁶. Al ser jurídica la relación penitenciaria, supone entonces un entramado de posiciones activas y pasivas para los sujetos de la relación, es decir, un sinalagma mutuo de derechos y obligaciones recíprocas²³⁷. Es por ello que RACIONERO CARMONA sostiene que “(...) las relaciones que unen a la Administración penitenciaria con las personas institucionalmente confiadas constituyen una **relación jurídica**, es decir, un haz de derechos y obligaciones recíprocos en que ambas partes interesadas, Administración-interno, aparecen como sujetos activos y pasivos de poderes y responsabilidades de naturaleza jurídica”²³⁸.

1.2 En la relación jurídica penitenciaria tiene plena aplicación el principio de legalidad.

Este principio en la fase de cumplimiento material de las penas privativas de libertad consiste en que las penas no pueden quedar entregadas al arbitrio de la administración Penitenciaria, sino que deben llevarse a cabo con arreglo a lo establecido en las leyes²³⁹. Esto implica, en consonancia a lo planteado anteriormente, que los establecimientos penitenciarios no se encuentran al margen del Derecho, sino que se encuentran sometidos a normas y al debido respeto de los derechos de los internos. Como señala Ricardo MATA Y MARTIN la vigencia del principio de legalidad en la fase de ejecución penal implica que se “(...) excluye la

²³⁵ LOPEZ BENITEZ, Mariano. “La relación de especial sujeción del recluso con la administración penitenciaria...”, ob. cit., p. 5.

²³⁶ TELLEZ AGUILERA, ob. Cit., p. 21.

²³⁷ LOPEZ BENITEZ, Mariano. “La relación de especial sujeción del recluso...”, ob. Cit., p. 5

²³⁸ RACIONERO CARMONA, Francisco. 1999. Derecho penitenciario y privación de libertad. Una perspectiva jurídica. Madrid, Dykinson, p. 51.

²³⁹ RUÍZ ROBLEDO, Agustín. 2003. El derecho fundamental a la legalidad punitiva. Valencia, Tirant lo Blanch, p. 67.; RODRIGUEZ ALONSO, Antonio, ob. Cit., p. 3.

admisión de conductas arbitrarias en un ámbito especialmente sensible en el que se ponen en juego los Derechos Fundamentales de las personas, en ese momento privadas jurídicamente de libertad”²⁴⁰.

La garantía ejecutiva se traduce, entonces, en que la ley debe contener los aspectos esenciales de la ejecución de la pena y todas aquellas materias que puedan afectar eventualmente los derechos fundamentales de la población penal. Ahora bien, este principio no impide que se pueda remitir el desarrollo particular de la actividad penitenciaria a la potestad reglamentaria. A esto se le denomina “Bloque de legalidad penitenciaria”, que implica que la actividad penitenciaria no sólo se podrá regular a través de la ley, en su sentido estricto, sino que también por vía reglamentaria.

Al legislador sólo le corresponde delinear el marco general en el cual se va a llevar la actividad penitenciaria (regular los aspectos fundamentales de la vida en prisión), pero el desarrollo de la misma se puede regular por vía reglamentaria²⁴¹. Pero para que este desarrollo reglamentario del sistema penitenciario sea compatible con el principio de legalidad, debe cumplir al menos con tres requisitos: a) Que se respete la reserva de ley en todas aquellas materias relativas a los derechos fundamentales de los internos; b) Que se trate de un reglamento exclusivamente ejecutivo o de desarrollo; c) Que se cumpla con el principio de jerarquía normativa²⁴².

1.3 La relación jurídica penitenciaria puede ser objeto de control externo.

Esto implica que la actividad de la Administración penitenciaria tiene que estar sujeta a control jurisdiccional, llevado a cabo por los propios tribunales sentenciadores (control impropio) o por un Tribunal de ejecución penal (control propio)²⁴³.

²⁴⁰ MATA Y MARTÍN, Ricardo. 2016. Fundamentos del sistema penitenciario. Madrid, Editorial Tecnos, p. 199.

²⁴¹ Ob. cit., p. 200.

²⁴² MATA Y MARTÍN, Ricardo. 2011. El principio de legalidad en el ámbito penitenciario. Revista de derecho Penal y Criminología, XXXII (93), pp. 129-130. [en línea] <<http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/3070/0>> [consulta: 16 de marzo del 2017].

²⁴³ RODRIGUEZ ALONSO, Antonio, ob. cit., p. 5

Desde esta perspectiva, ya no es posible sostener que la jurisdicción se despidе del condenado una vez que hace ingreso al recinto penal. A los tribunales les corresponde controlar las actuaciones de la Administración Penitenciaria, a fin de garantizar y tutelar los derechos fundamentales de la población penal²⁴⁴.

4. Conclusión.

Por las razones expuestas anteriormente ya no es posible seguir concibiendo la relación jurídica penitenciaria revestida con el ropaje de la concepción clásica de las relaciones de sujeción especial. Dicho de otro modo, que la relación jurídica penitenciaria sea de naturaleza administrativa, no implica necesariamente que los internos se van a encontrar a merced de los abusos y arbitrariedades de la Administración Penitenciaria. Desde que la doctrina administrativista y penitenciaria ha dado por superada esta teoría, al menos en su diseño original, no hay razón que justifique, por consideraciones políticas, tal como planteaba Enrique CURY, negar la naturaleza administrativa del derecho penitenciario y de su objeto de estudio principal, la relación jurídica penitenciaria, por temor a que los internos queden abandonados al arbitrio y discrecionalidad de la Administración Penitenciaria²⁴⁵. Dichas aprehensiones resultan hoy infundadas e incluso anacrónicas teniendo en cuenta el estado actual del derecho administrativo (tal como se verá más adelante) como del propio derecho penitenciario²⁴⁶.

En el siguiente capítulo se analizará a qué concepción de la relación jurídica penitenciaria responde nuestro ordenamiento administrativo de ejecución penal y qué implicancias produce en el status jurídico de los internos.

²⁴⁴ KUNSEMULLER, Carlos, ob .cit, p. 118

²⁴⁵ CURY, Enrique, ob. cit., p. 116.

²⁴⁶ En este mismo sentido MARTINEZ RUIZ, Jesús. 2017. La relación jurídico-penitenciaria. Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología (19-30), pp. 3-4. [En Línea] Disponible en: <<http://criminet.ugr.es/recpc/19/recpc19-30.pdf>>

CAPÍTULO IV. ANALISIS DE LA RELACIÓN JURÍDICA PENITENCIARIA EN CHILE. REPERCUSIONES DE LA NATURALEZA ADMINISTRATIVA DEL ORDENAMIENTO PENITENCIARIO CHILENO.

En lo que sigue analizaremos una serie de aspectos que nos permitirán establecer si la relación jurídica penitenciaria en Chile se concibe desde la perspectiva de la concepción clásica o moderna estudiada en el capítulo anterior.

Para ello nos detendremos a analizar, tal como se ha realizado a lo largo de esta tesis, las características y rasgos distintivos de esta relación que se desprenden del propio ordenamiento jurídico penitenciario.

I. RELACIÓN JURÍDICA PENITENCIARIA EN CHILE. RASGOS DISTINTIVOS.

1. Normativa penitenciaria.

Como se mencionó en el segundo capítulo de esta tesis nuestro derecho de ejecución de penas siempre ha estado regulado por medio de normas reglamentarias. De lo anterior se desprende que en el derecho penitenciario chileno se ha vivido un histórico fenómeno de “ablandamiento” del principio de legalidad, lo que ha sido objeto de innumerables críticas y cuestionamientos.

Tras la vuelta a la democracia, en un informe elaborado por la Cámara de diputados el año 1991, ya se planteaba la necesidad de dictar una ley penitenciaria debido al carácter fragmentario de la normativa de ejecución de las penas y por tratarse de una normativa de rango inferior a la adecuada²⁴⁷.

Años después y, tras la entrada en vigencia del DS N° 1771 el año 1993, el profesor GUZMÁN DALBORA, se preguntaba “[...] ¿Cómo puede resultarnos

²⁴⁷ RIEGO, Cristian.1993. La crisis penitenciaria y el informe de la cámara de diputados. En: CUADERNOS de análisis jurídico. Serie 24. Santiago, Universidad Diego Portales, p. 75-76.

admisible que en nuestro tiempo el ordenamiento penitenciario chileno continúe regulado jurídicamente bajo la presentación de una fuente formal subordinada, como es un decreto reglamentario?. Esto ya revela un cierto grado de confusión y de desorientación por cuenta del ejecutivo, el que si efectivamente quería ponerse a tono con las exigencias internacionales que por lo común se admite sobre el particular, bien pudo sugerir la vía legal, dejando, más tarde, para un reglamento, las cuestiones auténticas de detalle y de aplicación de la ley”²⁴⁸.

La principal crítica que se puede realizar al reglamento es que en este cuerpo normativo no sólo se regula lo relativo a la organización y funcionamiento de los establecimientos penitenciarios, sino todo lo relativo al derecho de ejecución de las penas, dentro de lo cual se comprenden los derechos y garantías que se le reconocen a los internos como sujetos de derechos.

Con esto se produce una infracción a lo dispuesto en la Constitución en cuanto a que los derechos y libertades garantizados por nuestra carta fundamental sólo pueden ser regulados por la ley e, incluso más, ni siquiera el legislador puede establecer limitaciones que afecten la esencia del derecho, ni imponer condiciones o requisitos que impidan su libre ejercicio²⁴⁹.

Al regularse, entonces, por vía reglamentaria lo relativo a los derechos de los internos, se está pasando por alto el mandato constitucional, contenido en el artículo 19 N° 26 de nuestra carta fundamental, que ordena regular a afectación de derechos por vía legal.

En el caso en particular de las penas privativas de libertad no sólo implican una privación o restricción de la libertad ambulatoria de una persona, sino que también puede afectar otros derechos fundamentales tales como el de propiedad, intimidad o libertad de expresión, lo que sin duda va a requerir una regulación legal. Es por ello que Jorge MERA y Jaime COUSO señalan que la ejecución de las

²⁴⁸GUZMÁN DÁLBORA, José Luis. 2011. Consideraciones críticas sobre el reglamento penitenciario chileno. En: VERDUGO MARINKOVIC, Mario (Director). Doctrinas esenciales Gaceta Jurídica. Derecho penal. Tomo II. 1976-2010. Santiago, Legal Publishing, pp. 561-562.

²⁴⁹ CARNEVALI, Raúl y MALDONADO, Francisco, “El tratamiento penitenciario en Chile. Especial atención a problemas de constitucionalidad”, ob. cit. p. 408.

penas, por su propia naturaleza, “[...] constituyen siempre una privación o restricción de derechos constitucionales que sólo pueden ser limitados en virtud de una ley”²⁵⁰.

A la crítica anterior, se agrega que el artículo 64 de la Constitución Política de la República excluye de aquellas materias que podrán ser objeto de delegación de la potestad reglamentaria las que dicen relación con las garantías constitucionales, lo que se vulneraría con el Reglamento Penitenciario al regular los derechos fundamentales de los internos²⁵¹.

Por último, se critica el rango reglamentario de nuestra normativa penitenciaria, teniendo en consideración que la Constitución establece en su artículo 19 N°3 el principio de legalidad de la pena, por lo que también debiese ser objeto de regulación legal las condiciones de materialización de las penas²⁵². Lo anterior se ve reforzado por lo dispuesto en el artículo 19 N° 7, letra b), de la Constitución, que establece que “nadie puede ser privado de su libertad personal ni ésta restringido sino en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes”. Por su parte, el Código Penal, en su artículo 80-1 señala que “tampoco puede ser ejecutado pena alguna de otra forma que la prescrita por la ley...”.

2. Naturaleza de la relación jurídica penitenciaria.

La relación jurídica penitenciaria se concibe en nuestro ordenamiento jurídico como una relación de derecho público, lo que quiere decir que la actividad penitenciaria se encuentra sometida al imperio de la Ley (de la Constitución, los instrumentos internacionales ratificados por Chile, y demás leyes y normas vigentes), con lo cual se pretende evitar, por una parte, los abusos y arbitrariedades de la Administración Penitenciaria y por otra, asegurar que se respeten y garanticen los derechos fundamentales de la población penal durante el cumplimiento de la pena privativa de libertad.

Lo anterior se plasma en artículo 2 del REP al disponer que “será principio rector de dicha actividad (la penitenciaria) el antecedente que el interno se encuentra

²⁵⁰ Citado por KENDALL GRAIG, ob. Cit., p. 38.

²⁵¹ ARRIAGADA GAJEWSKI, Isabel y SILVA OLIVARES, Guillermo, ob. cit., pp. 106-107

²⁵² Ibid, p. 107.

en una relación de derecho público con el Estado, de manera que fuera de los derechos perdidos o limitados por su detención, prisión preventiva o condena, su condición jurídica es idéntica a la de los ciudadanos libres”.

A su vez, el artículo 4 del REP establece que “la actividad penitenciaria se desarrollará con las garantías y dentro de los límites establecidos por la Constitución Política de la República, los tratados internacionales ratificados por Chile, las leyes y sus reglamentos y las sentencias judiciales”.

Fuera del Reglamento Penitenciario, la vinculación positiva de la Administración Penitenciaria al ordenamiento jurídico se puede sustentar en lo dispuesto en el artículo 2 de la LBGAE y en el artículo 6 de la CPR.

El primero de los artículos citados establece que “Los órganos de la Administración del estado someterán su acción a la Constitución y a las leyes. Deberán actuar dentro de su competencia y no tendrán más atribuciones que las que expresamente les haya conferido el ordenamiento jurídico. Todo abuso o exceso en el ejercicio de sus potestades dará lugar a las acciones y recursos correspondientes”.

Por su parte, la norma constitucional citada viene a establecer el principio de juridicidad que implica la subordinación de la Administración a toda la pirámide normativa y, en particular a la Constitución y a las leyes que en su conformidad se han dictado (bloqueo de juridicidad)²⁵³. En efecto, el inciso primero del artículo 6 dispone que “los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella y garantizar el orden institucional de la República”.

3. *Status* jurídico de los internos en Chile.

El *status* jurídico de los reclusos ha experimentado, al menos en el plano normativo, un evidente progreso en nuestro ordenamiento jurídico penitenciario.

²⁵³CORDERO VEGA, Luis, ob. cit., p. 77; BERMUDEZ, Jorge, ob. cit., pp. 93 y ss; NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. 2012. Derecho constitucional chileno. Tomo II. Santiago, Legal Publishing, pp. 694 y ss.

En los Reglamentos carcelarios de 1911 (Decreto N° 2140) y de 1928 (Decreto N° 805) no hay normas que se refieran al estatus jurídicos de los internos o que regulen sistemáticamente los derechos que se les reconoce²⁵⁴.

Recién con la dictación el año 1965 del Reglamento sobre normas básicas para la aplicación de una política penitenciaria nacional, Decreto N° 3140, por influjo de las “Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos”, encontramos la primera norma que se refiere al estatus jurídicos de los reclusos.

El artículo 2 de este cuerpo normativo establece que “será principio rector de toda la actividad penitenciaria el antecedente que el recluso se encuentra en una relación de derecho público con el Estado, de manera que, fuera de los derechos perdidos o limitados por su detención o condena, su condición jurídica es idéntica a la de los ciudadanos libres. En consecuencia, sus derechos como persona humana, tales como el derecho al trabajo, a la previsión social, a la educación, a la atención médica, y sus derechos de familia, deben ser respetados en toda su extensión”.

Los planteamientos de esta disposición se volverán a repetir, en términos similares, en el artículo 2 del Reglamento de establecimientos penitenciarios de 1993 (Decreto Supremo N° 1771), de 1998 (Decreto Supremo N° 518) y de 2005 (Decreto supremo N° 1248).

Es así que los artículos citados señalan que será principio rector de la actividad penitenciaria “(...) el antecedente que el interno se encuentra en una relación de derecho público con el Estado, de manera que fuera de los derechos perdidos o limitados por su detención, prisión preventiva o condena, su condición jurídica es idéntica a la de los ciudadanos libres”. Para ello, la actividad penitenciaria,

²⁵⁴ En el Reglamento Carcelario de 1911 no hay ninguna norma que se refiera expresamente a los derechos de los internos. Por su parte, en el Reglamento de 1928 si bien no hay un título que regule expresamente los derechos de los internos, sí podemos encontrar algunos derechos diseminados a lo largo de este cuerpo normativo. Así se faculta a los internos a interponer quejas ante el Director cuando consideren que han sido víctimas de órdenes arbitrarias (art. 35). A su vez, en su artículo 44, se reconoce a los reos el derecho a solicitar audiencia al Director o Alcaide, Sub-director y jefe de la sección Penal para formular a estas autoridades los pedidos o reclamaciones que se considere con derecho. Pero si esos pedidos o reclamaciones se hacían colectivamente, entonces se los consideraba faltas graves. Además se establece que los reos podrán recibir visitas de sus parientes, amigos y guardadores (art. 51); recibir y mandar correspondencia, las que serán cuidadosamente examinadas (art. 59); recibir alimentos dos veces al día, los que deberán ser sanos, frugales y sencillamente condimentados (arts. 64 y 65).

conforme a lo expresado en el art. 4, inciso primero, del mismo reglamento, “[...] se desarrollará con las garantías y dentro de los límites establecidos por la Constitución Política de la República, los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, las leyes y sus reglamentos y las sentencias judiciales”, de tal forma, que si sus funcionarios quebrantan estos límites incurrirán en responsabilidad. La Administración penitenciaria deberá procurar la realización efectiva de los derechos humanos compatibles con la condición del interno (artículo 5, inciso segundo).

El reconocimiento de la calidad de sujetos de derechos de los internos ha sido reconocido incluso por un fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 31 de enero de 2002 (que ordenó cerrar el módulo Alfa del penal Colina II), al señalar que “se debe recordar que los internos, pese al tipo o números de delitos que se hayan cometido, son seres humanos, con derechos inherentes e inalienables a esa condición, que no pueden ser desconocidos por el régimen carcelario, ya que las condenas impuestas por la justicia son privativas de libertad, mas no los priva de su calidad de personas”²⁵⁵.

No obstante lo anterior, las condiciones carcelarias de nuestro país presentan una serie de nudos críticos que traen como consecuencia que los internos sigan siendo considerados y tratados, en la práctica, como ciudadanos de segunda categoría²⁵⁶.

El informe de derechos humanos del año 2003 del Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, en su capítulo relativo a las condiciones carcelarias, ya ponía en evidencia dos ámbitos críticos: la carencia de infraestructura y recursos del sistema penitenciario nacional y los malos tratos habituales que sufren los internos por parte de Gendarmería²⁵⁷.

²⁵⁵ Citado por CENTRO DE DERECHOS HUMANOS UDP. 2003. Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2003, p. 72.

Disponible en: <http://www.derechoshumanos.udp.cl/derechoshumanos/index.php/informe-ddhh-2003>

²⁵⁶ ARTAZA VARELA y PALACIOS MARTINEZ, ob. cit., pp. 127 y ss.

²⁵⁷ CENTRO DE DERECHOS HUMANOS UDP, ob. Cit., pp. 62-63. Otro núcleo problemático al cual ya nos hemos referido es el de la ausencia de un mecanismo de control eficiente de la actividad de la Administración Penitenciaria. A esto nos volveremos a referir más adelante.

En cuanto a la infraestructura éste ha sido uno de los problemas endémicos que ha tenido el sistema penitenciario chileno²⁵⁸. Es por ello que las reformas penitenciarias chilenas, desde la década del 80, del siglo XX, se han concentrado en atacar el problema de la infraestructura (y en especial de la sobrepoblación) a partir de la construcción de nuevos centros penitenciarios. Sin embargo, la construcción incluso de nuevas cárceles concesionadas no ha sido una solución eficaz para lograr el descongestionamiento de la población penitenciaria. En efecto, debido al incremento anual de la población penitenciaria, la política de construcción de nuevos recintos penitenciarios sólo resulta ser una solución aparente y momentánea, que no soluciona de manera definitiva el problema de la sobrepoblación. El problema del hacinamiento no solo constituye una infracción al derecho de los internos a contar con un espacio mínimo para desenvolverse, sino que genera una serie de perjuicios adicionales, como el deterioro de las prestaciones que recibe la población penal, falta de camas, mala alimentación, falta de higiene, problemas de seguridad e incremento de la violencia²⁵⁹. En definitiva, desde el punto de vista de los estándares internacionales de derechos humanos, el problema del hacinamiento equivale a una forma de trato cruel, inhumano y degradante²⁶⁰.

En cuanto a la arbitrariedad en la aplicación de los castigos, en la práctica suele haber un alto grado de inobservancia del procedimiento sancionatorio que se regula en el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, lo que se traduce en una serie de abusos por parte de Gendarmería en contra de los internos. En este sentido, suele ocurrir que Gendarmería no formula imputaciones concretas contra los imputados o se basan en causales no contempladas en el Reglamento. Además, es de común ocurrencia que se castiguen conductas que no han sido suficientemente

²⁵⁸ CENTRO DE DERECHOS HUMANOS UDP 2006. Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2006: hechos de 2005. Santiago. Facultad de Derecho, Universidad Diego portales, p. 97. Disponible en: <http://www.derechoshumanos.udp.cl/derechoshumanos/index.php/informe-ddhh-2005>

²⁵⁹ CENTRO DE DERECHOS HUMANOS UDP. 2005. Informe anual de derechos humanos en Chile 2005. Santiago. Facultad de Derecho, Universidad Diego portales, p. 21.

²⁶⁰ La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Tibi vs. Ecuador, sostuvo el año 2004 que “toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en situación de detención compatible con su dignidad personal. En otras oportunidades, este Tribunal ha señalado que mantener a una persona detenida en condiciones de hacinamiento, con falta de ventilación y luz natural, sin cama para su reposo ni condiciones adecuadas de higiene (...) constituye una violación a su integridad personal. Como responsable de los establecimientos de detención, el Estado debe garantizar a los reclusos la existencia de condiciones que dejen a salvo sus derechos”. Citado en *ibid*, p.39.

acreditadas por gendarmería y que producto de ello se sancione a internos inocentes que no han participado en los hechos que dan lugar a la medida disciplinaria²⁶¹.

Fuera del régimen disciplinario formal, sobre el cual nos volveremos a referir a continuación, la población penal suele sufrir apremios físicos y malos tratos por parte de Gendarmería consistentes en golpes, amenazas y agresiones verbales, que podrían ser calificados de torturas conforme a lo que establece la Convención contra la Tortura y otros Tratos Crueles, inhumanos o Degradantes²⁶².

4. Régimen disciplinario en Chile. Sanción De asilamiento e internación en celda solitaria. Constitucionalidad.

4.1. Marco normativo del régimen disciplinario.

La potestad disciplinaria de la Administración del Estado y, en particular de Gendarmería, tiene su sustento legal en el artículo 80, del Código penal, que dispone que además de lo que establezca el legislador en cuanto a la forma de ejecutar las penas, se observará también lo que se determine en los reglamentos especiales para el gobierno de los establecimientos en que deben cumplirse las penas acerca, entre otras materias, de los castigos disciplinarios.

En este mismo precepto se señala que en los reglamentos sólo van a poder imponer como castigos disciplinarios el encierro en celda solitaria e incomunicación con personas extrañas al establecimiento penal por un tiempo que no exceda de un mes (inciso tercero).

A su vez, en el caso de que se quiera repetir algunas de estas medidas se deberá comunicar antes de su aplicación al juez del lugar de reclusión, el que sólo la va a poder autorizar a través de una resolución fundada y adoptando las providencias necesarias para resguardar la seguridad e integridad del detenido o preso (inciso cuarto)²⁶³.

²⁶¹ Ibid, p. 46.

²⁶² CENTRO DE DERECHOS HUMANOS UDP. "Informe anual de derechos humanos en Chile 2005". ob. cit., p. 56 y ss.

²⁶³ También cabe tener en consideración lo dispuesto en el artículo 501 del Código Penal que establece que "En las ordenanzas municipales y en los reglamentos generales o particulares que dictare en lo sucesivo la autoridad administrativa no se establecerán mayores penas que las

Este precepto legal explica que sea el propio Reglamento Penitenciario el que se encargue de regular, en su título IV, el régimen disciplinario, estableciendo la calificación de las faltas disciplinarias (artículo 78, 79 y 80), las sanciones (artículo 81) y el procedimiento de su aplicación (artículos 82 a 84). Dispone este cuerpo normativo que excepcionalmente se van a poder restringir los derechos de los internos, por medio de sanciones, en caso de alteraciones en el orden o la convivencia del establecimiento o por actos de indisciplina o faltas (art. 75 REP). Además, faculta a la propia administración penitenciaria para sancionar las faltas que cometa la población penal con el fin de proteger los derechos de los internos, asegurar el cumplimiento del régimen penitenciario y resguardar el orden dentro de los recintos penales (art. 76 REP). Lo anterior debe ser concordado con lo dispuesto en el artículo 33, letra d), del mismo reglamento, que señala que una de las obligaciones de los internos es acatar las normas del régimen interno del establecimiento, cumpliendo las sanciones disciplinarias que se les impusieran por infracción de aquellas.

En cuanto al procedimiento disciplinario, las sanciones les corresponderá aplicarlas al jefe del establecimiento, teniendo para ello en consideración el parte de rigor, la declaración realizada por el interno y por los testigos y afectados, si los hubiere y, en caso de ser procedente, la recomendación del Consejo técnico si hubiese intervenido. De todo lo anterior se dejará constancia sucintamente en la resolución en que se aplica la sanción de tal forma que el castigo sea justo, es decir, oportuno y proporcional a la falta cometida tanto en su drasticidad como en su duración y teniendo en consideración las características del sancionado (art. 82 del REP).

Si se trata de alguna de las sanciones graves, de las enumeradas en el artículo 78 del reglamento y, a las que corresponde aplicar la sanción de privación de visitas o correspondencia con el exterior por un mes, el aislamiento en celda solitaria hasta por cuatro fines de semana o, la internación en celda solitaria, el jefe

señaladas en este libro, aun cuando hayan de imponerse en virtud de atribuciones gubernativas, a no ser que se determine otra cosa por leyes especiales.”

del establecimiento deberá escuchar previamente y, de forma personal, al infractor (art. 82 inciso segundo, del REP).

En estos casos de sanción por una falta grave se deberá, además, remitir al Director Regional de Gendarmería una copia de la resolución en que conste la sanción, para que una vez que tome conocimiento de ella pueda modificarla o anularla por razones fundadas (art. 83 REP).

La aplicación de estas medidas sancionatorias va a estar sujeta a control judicial. El artículo 87 del REP, en consonancia con lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo 80 del CP, dispone que la repetición de toda medida disciplinaria va a tener que comunicarse al juez del lugar antes de que sea aplicada, el que sólo va a poder autorizarla por resolución fundada y adoptando las medidas necesarias para resguardar la seguridad e integridad del interno.

Si se trata de un imputado, sujeto a prisión preventiva, la aplicación de cualquiera de las medidas disciplinarias enumeradas en el artículo 81 del Reglamento, se deberá informar, con sus fundamentos, inmediatamente al tribunal que conoce de la causa (art. 87, inciso 2, REP).

Al respecto, la resolución exenta 4247 del 10 de mayo de 2013, que establece criterios para la aplicación de las sanciones de aislamiento de internación en celda solitaria en los establecimientos de régimen cerrado, dispone que la resolución que imponga la sanción va a tener que contener una síntesis de los hechos por los cuales el interno imputado fue sancionado, los fundamentos de derecho en que se sustenta dicha resolución, el plazo de duración y los documentos que resulten pertinentes (art. 12, inciso 2).

El Tribunal va a poder dejar sin efecto la medida disciplinaria impuesta en contra de un imputado sujeto a prisión preventiva si la considera ilegal o abusiva, convocando, si lo estimare necesario, a una audiencia para su examen (artículo 150, inciso final del CPP).

Para el caso que se cite a dicha audiencia, se deberá concurrir con todos los antecedentes del caso, informando de dicha circunstancia a la respectiva Dirección Regional, para que asista el abogado asesor de cada región (art. 13 de la resolución exenta 4247)

Dentro de las sanciones que se pueden aplicar frente a una falta grave de las enumeradas en el artículo 81, la que se encuentra mayormente regulada es la relativa a la celda de aislamiento. Al respecto se dispone que esta internación no podrá exceder de 10 días. Además le corresponderá al Alcaide del recinto certificar si el lugar donde se llevara a cabo esta sanción (puede ser la misma celda o en otra análoga) reúne las condiciones adecuadas para su ejecución (de higiene, iluminación y ventilación) y a un médico o paramédico del recinto certificar que el interno se encuentra en condiciones aptas para cumplir la medida (art. 81, letra k, del REP).

Durante la aplicación de la sanción de celda solitaria, el interno sancionado deberá ser conducido, por al menos una hora diaria, a un lugar al aire libre (art. 85 REP). Se establece, además, que los sancionados deberán ser visitados diariamente por el jefe del establecimiento, el médico o paramédico del recinto o incluso, a solicitud del interno, el Ministro de su religión, los que deberán dejar constancia escrita en caso que los internos sometidos a esta sanción hayan sido objeto de castigos corporales o que no se hubiese dado cumplimiento a lo dispuesto en este reglamento. En el caso del médico o paramédico deberán también informar acerca de la necesidad de poner término o modificar el encierro en celda solitaria, cuando así se requiera por razones de salud física o mental del interno (art. 86 REP)²⁶⁴.

La normativa del Reglamento Penitenciario debe actualmente complementarse además, en cuanto a la sanción de aislamiento en celda solitaria, con lo que establece la resolución exenta 4247 del año 2013 respecto a las circunstancias atenuantes y agravantes que se deberán tener en consideración frente a la imposición de esta sanción (artículos 15 y 16), la división en cuatro tramos de los días de duración de la internación (artículo 17 y siguientes) y el procedimiento y ejecución de internación en celda solitaria (artículo 21 y siguientes).

4.2. *Discusión en torno a la constitucionalidad del régimen disciplinario.*

Cabe señalar que estas potestades punitivas de la Administración del Estado han sido cuestionadas por parte de la doctrina nacional por considerar, entre otras

²⁶⁴ En anexo puede consultarse algunos fallos de los Tribunales Superiores de Justicia que se han pronunciado acerca del régimen disciplinario y en particular respecto a las celdas de aislamiento.

razones, que vulneran el principio de separación de poderes y, porque se considera que, en cuanto a las garantías que otorga a los administrados, está más cerca del derecho penal prebeccariano que del derecho punitivo liberal²⁶⁵. Es por ello que algunos administrativistas, tales como el profesor Eduardo SOTO KLOSS e Iván ARÓSTICA MALDONADO, han cuestionado la constitucionalidad de las atribuciones sancionatorias de los órganos de la administración.

Las razones para restarle legitimidad al derecho administrativo sancionador son las que siguen²⁶⁶:

- a) La potestad sancionatoria de la Administración constituye el ejercicio de una función jurisdiccional.** Para SOTO KLOSS sancionar implica resolver una contienda entre partes, una de las cuales afirma que se ha cometido una infracción y, la otra, pretende alegar lo contrario. La resolución de este conflicto que puede llevar a la imposición de una pena requiere de un juicio de reproche que debe estar a cargo de un tercero distinto a las partes y que en nuestro sistema de heterotutela judicial le corresponde llevarlo a cabo a los Tribunales de Justicia²⁶⁷. Es por ello que ARÓSTICA sostiene que en el régimen constitucional chileno a la Administración sólo le corresponde “conservar” el orden público interno pero que la aplicación de alguna sanción por la infracción a dicho orden le

²⁶⁵ RODRIGUEZ COLLAO, Luis. 1987. Bases para distinguir entre las infracciones criminales y administrativas. *Revista de Derecho de la Pontificia universidad Católica de Valparaíso* (11): 129; CORDERO, Eduardo. 2014. *Derecho administrativo sancionador. Bases y principios en el derecho chileno*. Santiago, Legal Publishing, p. 130; HORVITZ LENNON, María Inés y LOPEZ MASLE, Julian, T. II, ob. cit., p. 591.

²⁶⁶ Para una revisión general de estos argumentos se puede consultar: RODRIGUEZ COLLAO, Luis, ob. Cit., pp. 132-133; CORDERO, Eduardo, ob. Cit, pp- 142-147; SEGURA SOTO, Romina Carolina. 2014. Naturaleza jurídica y fundamento constitucional de la potestad punitiva de la Administración del estado. *Revista de Derechos Fundamentales de la Universidad Viña del Mar*. (11): 178-182. Disponible en: <<http://www.derechosfundamentales.cl/revista/11.163-194.Segura.pdf>>; BOETTIGER PHILIPPS, Camila. 2009. El derecho administrativo sancionador en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Revista actualidad jurídica*. Tomo II. (20): 580; CAMACHO CEPEDA, Gladys 2008. *La potestad administrativa sancionadora en Chile: luces y sombras*. En: FOY VALENCIA, P (ed.). *Ensayos jurídicos contemporáneos. Nuevo testimonio de una huella académica*. Lima, Ara Editores, pp. 67-68.

²⁶⁷ SOTO KLOSS, Eduardo. 2014. Otra vez sobre la potestad sancionadora de la Administración. En: ALARCÓN JAÑA, pablo y ARANCIBIA MATTAR, Jaime (coordinadores). *Sanciones administrativas*. X Jornadas de derecho administrativo Asociación de Derecho Administrativo (ADA). Santiago, Legal publishing, 43.

competen a los Tribunales de Justicia²⁶⁸. Pues bien, desde esta perspectiva, cada vez que la administración estatal haga ejercicio de sus funciones disciplinarias va a estar ejerciendo jurisdicción. Por esta razón que se ha planteado en el ámbito penitenciario que “(...) si la jurisdicción importa la facultad de conocer y resolver controversias de índole jurídica, y las autoridades penitenciarias-como parte integrante de la administración-conocen de los conflictos de intereses suscitados entre el Estado-representado por dichas autoridades-y las personas privadas de libertad, es claro que ahí existe un ejercicio de funciones jurisdiccionales...”²⁶⁹.

b) El ejercicio de las facultades jurisdiccionales está reservada en nuestra constitución de forma exclusiva a los Tribunales de Justicia. El artículo 76 de la CPR, en su inciso primero, establece que “la facultad de conocer de las causas civiles y criminales y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley”. Este mismo artículo consagra la Base de la independencia de los Tribunales, que en su sentido funcional, implica que ningún poder del Estado va a poder inmiscuirse en el ejercicio de las funciones jurisdiccionales por parte de los Tribunales. Es por ello que el mismo precepto constitucional dispone que “ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones

²⁶⁸ ARÓSTICA MALDONADO, Iván. 1987. Algunos problemas del derecho administrativo penal. Revista de derecho Universidad de Concepción. (182): 73.

²⁶⁹CENTRO DE DERECHOS HUMANOS UDP. “Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2006: hechos de 2005...”, ob. cit., p. 116. Cabe señalar que Tribunal Constitucional ha desestimado el argumento que la Administración estaría ejerciendo, con estas atribuciones sancionatorias, una actividad jurisdiccional que el artículo 76 de la Constitución Política de la República reservaría exclusivamente a los Tribunales de Justicia. Para el Tribunal Constitucional la aplicación de una sanción administrativa se lleva a cabo a través de un procedimiento administrativo que no constituye un acto jurisdiccional ni produce cosa juzgada. Así lo señala expresamente en el considerando 15 de la sentencia del 08 de enero de 2009 (Rol N° 1183-08), al establecer que la facultad que le reconoce el legislador a los Directores Regionales del Servicio de impuestos Internos para aplicar sanciones administrativas se enmarca dentro de sus potestades administrativas sancionatorias que no implican el ejercicio de jurisdicción. (Considerando sexto de la sentencia Rol N° 792, del 3 de enero de 2008. Citado por CORDERO, Eduardo, ob. cit., p. 132). En idénticos términos en sentencia de 26 de junio de 2008, Rol N°725-2007, en su considerando decimosegundo. Sentencia de 08 de enero de 2009, Rol N° 1184-08, considerando decimoquinto. En estos tres fallos se cita a Enrique SAYAGUES LAZO, que en su obra Tratado de derecho administrativo señala que “La decisión de la administración imponiendo una sanción es un acto administrativo típico y por consiguiente tiene la eficacia jurídica propia de tales actos. No constituye un acto jurisdiccional, ni produce cosa juzgada”.

judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos”. En definitiva, constituye una violación directa al principio de independencia de los Tribunales de Justicia, consagrado en el art. 76 de la carta fundamental, el que el legislador le atribuya potestades sancionatorias a la Administración. Pese a lo anterior, algunos autores cuestionan que las funciones jurisdiccionales pertenezcan exclusivamente a los Tribunales de Justicia. Con ello se desconocería las potestades que se le reconocen a las autoridades administrativas para aplicar sanciones disciplinarias, tal como queda de manifiesto en el artículo 76 del Reglamento Penitenciario que, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 80 del CP, faculta a la propia Administración Penitenciaria sancionar las faltas disciplinarias. A su vez, el mismo artículo 76 de la CPR, inciso tercero, al referirse a “los demás Tribunales”, abre la posibilidad de que existan otros órganos que puedan llegar a ejercer jurisdicción, aparte de los tribunales ordinarios y especiales que forman parte del poder judicial. Incluso la misma Constitución consagra la existencia de jurisdicciones paralelas como la que se le confiere al Tribunal electoral²⁷⁰.

- c) Estas potestades punitivas de la Administración implican una flagrante violación a la garantía del juez imparcial que exige que el juzgador sea un tercero neutral, indiferente y ajeno a las pretensiones de las partes²⁷¹.** En base a lo anterior resulta inconcebible que la misma entidad u organismo que reclama la comisión de una infracción sea la misma que la sancione. Desde la esfera de un proceso racional y justo, no es dable aceptar que la Administración pretenda al mismo tiempo ser juez y parte en una misma causa (*nemo iudex in causa sui*)²⁷². Es por ello que el artículo 8 N°1 de la Convención Americana Sobre derechos Humanos dispone que “Toda persona tiene derecho a ser oída [...] por un juez o tribunal

²⁷⁰ BOETTIGER PHILIPPS, Camila, ob. Cit., pp. 580-581; RODRIGUEZ COLLAO, Luis, ob. Cit., p. 133; CAMACHO CEPEDA, Gladys, ob. Cit., pp. 68-69.

²⁷¹ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. 2007. El debido proceso en la constitución y el sistema interamericano. Doctrina y jurisprudencia. Santiago, Librotecnia, 48.

²⁷² SEGURA SOTO, Romina, ob. Cit., p. 181.

competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley”. En el ámbito penitenciario, esto sin duda no se verificaría puesto que es la misma autoridad penitenciaria, que es parte del conflicto, la que va a resolver, en representación de la administración estatal, la contienda que se suscita entre las personas privadas de libertad y el Estado²⁷³. Además, se cuestiona que hasta la fecha y, más allá del rol que debe cumplir en estas materias el Juez de garantía, no existan jueces de ejecución penal que se encarguen de supervisar la ejecución penal y que pueda hacer valer las responsabilidades de los funcionarios de Gendarmería por los abusos que puedan cometer contra los internos. Es así que se ha señalado que “la inexistencia de un juez de ejecución infringe el derecho al recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes frente a violaciones de derechos fundamentales. Lo anterior se traduce no sólo en la arbitrariedad y falta de imparcialidad en la adopción de decisiones sobre la privación de libertad, sino que constituye un factor que propicia la desprotección de los derechos fundamentales de los internos”²⁷⁴.

d) Las potestades punitivas de la Administración implican una vulneración a la prohibición constitucional de ser juzgados por comisiones especiales. Estas potestades también constituyen una violación a la garantía individual del derecho al juez natural que implica, tal como establece el art. 19, N° 3, inciso 4 de la CPR, que las partes no van a poder ser juzgadas por Comisiones especiales designadas para tal efecto por los otros poderes del Estado, sino que por los Tribunales competentes establecidos por el legislador con anterioridad al hecho objeto del proceso²⁷⁵. Para esta parte de la doctrina, los órganos administrativos que ejercen potestades punitivas no serían jueces naturales sino Comisiones especiales, al no ser permanentes, independientes e imparciales²⁷⁶. En el

²⁷³ CENTRO DE DERECHOS HUMANOS. “Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2006: hechos de 2005...”. Ob. cit, p. 118.

²⁷⁴ CENTRO DE DERECHOS HUMANOS UDP. 2015. Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2015. Santiago, Facultad De Derecho de, Universidad Diego Portales, p. 168.

²⁷⁵ En este sentido, HORVITZ LENNON, María Inés y LOPEZ MASLE, Julián, ob. Cit., pp. 62-63.

²⁷⁶ SOTO KLOSS, ob. Cit., 45-46.

ámbito penitenciario, los jefes de los establecimientos penales, que serían los órganos encargados de ejercer jurisdicción (a ellos les corresponde aplicar las sanciones conforme al artículo 82 del RP), al no estar facultados ni establecidos por la ley para ejercer funciones jurisdiccionales, estarían actuando en el régimen disciplinario como verdaderas comisiones especiales, lo que se encontraría proscrito por nuestra propia carta fundamental en el artículo 19 N°3²⁷⁷.

- e) Se vulnera el derecho fundamental de “presunción de inocencia”.** Es común que en los procedimientos administrativos baste la sola certificación de un funcionario para que se acredite (a veces constituyendo plena prueba) la comisión de una infracción y, dotando, además, de mérito ejecutivo a dicha resolución. Lo que tiende a imperar, entonces, es una presunción de culpabilidad, por lo que le corresponde al particular pretender acreditar su inocencia, lo que a todas luces puede ser calificado como una alteración “escandalosa” de la carga de la prueba²⁷⁸.
- f) Se vulnera el derecho a defensa del administrado.** Se infringe el derecho a defensa puesto que muchas veces el infractor sólo va ser escuchado, luego de haber sido sancionado, cuando reclame de la medida ante los Tribunales de justicia (como ocurre si interpone un recurso de protección). Pues bien, el derecho de defensa requiere que se escuche al demandado dentro del procedimiento y antes que se dicte una sentencia condenatoria²⁷⁹. En el caso del régimen disciplinario penitenciario sólo surge el deber del Jefe de Establecimiento de escuchar previamente al interno (“infractor”) para los casos de infracciones graves, lo que claramente constituye una vulneración al derecho de defensa. Por lo tanto, para el caso de la comisión de faltas menos graves o leves no se le reconocería el derecho de poder hacer alegaciones a los internos antes de ser sancionados por el jefe del establecimiento. Todavía más, no se contempla en todo el

²⁷⁷CENTRO DE DERECHOS HUMANOS UDP. 2006. “Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2006...”, ob. cit., p. 119.

²⁷⁸SOTO KLOSS, Eduardo, ob. Cit., p. 47.

²⁷⁹SOTO KLOSS, ob. Cit., pp. 48-49.

procedimiento disciplinario penitenciario ninguna norma que reconozca el derecho del interno a contar con la defensa de un abogado. Es por ello que se ha sostenido que la Administración Penitenciaria no respeta las garantías mínimas del debido proceso al dictar actos administrativos sancionatorios²⁸⁰.

g) Norma que regula el régimen administrativo sancionatorio. Se critica que el legislador realice remisiones normativas para que se regule por vía de reglamentos las sanciones administrativas y sus procedimientos, puesto que con ello se pasa por alto que estas materias le pertenecen de forma exclusiva al estar en juego el ejercicio de los derechos fundamentales²⁸¹.

h) Tipicidad de las faltas. Se cuestiona que en estos cuerpos normativos no se respete el principio de tipicidad en cuanto a la descripción de la conducta infractora y la sanción que corresponde aplicar²⁸². Con ello se abre paso a la arbitrariedad de la Administración al ejercer estas potestades punitivas. Este es sin duda uno de los aspectos más cuestionables de nuestro actual sistema disciplinario penitenciario. Se crítica no sólo la ausencia de un procedimiento administrativo claro y transparente relativo a la aplicación de las sanciones disciplinarias sino que también la forma en que se han tipificado las infracciones. Al respecto, el artículo 75 del Reglamento Penitenciario señala que los derechos de los internos van a poder ser excepcionalmente restringidos por alteraciones en el orden y la convivencia del establecimiento penitenciario o por actos de indisciplina o faltas. En cuanto a las primeras causales-alteración del orden y convivencia- se cuestiona porque se trata de hipótesis abstractas e indeterminadas debido a la falta de descripción de las conductas que se considerarían prohibidas dentro del recinto penal. Con esto se abre un enorme espacio de discrecionalidad a los funcionarios encargados de aplicar las sanciones²⁸³.

²⁸⁰ CENTRO DE DERECHOS HUMANOS UDP. 2008. Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2008. Santiago, Facultad de derecho, Universidad Diego Portales, p. 99.

²⁸¹ SOTO KLOSS, ob. Cit., pp- 50-51.

²⁸² SEGURA SOTO, Romina, ob. Cit., p. 182.

²⁸³ CENTRO DE DERECHOS HUMANOS UDP.2007. Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2007: hechos de 2006. Santiago, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, p.22; CENTRO DE DERECHOS HUMANOS UDP. 2006. Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2006: hechos de 2005. Santiago, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, p. 111.

Se utiliza en la práctica estas causales para sancionar conductas de los internos que no revisten gran importancia y no se encuentran tipificadas como infracciones disciplinarias. Por esta razón que se ha señalado que “la consecuencia directa (...) de la infracción a la tipicidad radica en un aumento sustancial de la discrecionalidad de las autoridades penitenciarias, cuestión que la vigencia efectiva de la garantía tiene por objeto suprimir”²⁸⁴. Lo mismo ocurre con la segunda causal-infracciones disciplinarias- que permiten restringir los derechos de la población penal. Muchas de las conductas sancionadas aparecen descritas de manera indeterminada y abstracta. Es así que se considera una falta leve el atentar contra la moral y las buenas costumbres al interior del establecimiento (art. 79, letra LL) o la falta leve de alterar el descanso de los demás internos en cualquier forma (art. 80 letra e), del RP).

Pese a ello, un sector de la doctrina nacional justifica la existencia de estos poderes exorbitantes de la administración fundándose en lo siguiente:

- a) **Por razones históricas.** La Administración históricamente ha tenido poderes punitivos. Incluso se mantuvieron estas potestades a pesar de que se acogiera el principio liberal de la separación de poderes. Se trata de un resabio del antiguo régimen²⁸⁵.
- b) **Por razones de utilidad.** Desde este punto de vista estas potestades punitivas son necesarias:
 - a. Para que la administración pueda ejercer adecuadamente sus funciones. En la medida que aumenta la intervención del Estado la potestad sancionatoria se comienza a configurar como una herramienta eficaz para responder a ciertas demandas sociales, asegurar la protección de bienes jurídicos supraindividuales, a garantizar el orden y a castigar ciertas conductas que entorpezcan su actuación²⁸⁶. En este sentido una de las

²⁸⁴CENTRO DE DERECHOS HUMANOS UDP. 2006. “Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2006...”, ob. cit., p. 111.

²⁸⁵ CORDERO, Eduardo, ob. Cit., p. 128.

²⁸⁶ Ibídem, p. 129; RODRIGUEZ COLLAO, Luis, ob. Cit., p. 130.

funciones principales de Gendarmería es mantener el orden y la convivencia al interior del establecimiento penitenciario, por lo que las conductas refractarias de los internos con respecto al respeto al régimen disciplinario, facultan la aplicación de sanciones disciplinarias por parte de este mismo servicio público.

b. Se requiere de una respuesta rápida y eficaz para reprimir ciertas conductas que ponen en riesgo o lesionan determinados bienes jurídicos y que éstas sanciones sean aplicadas por organismos que tengan las competencias técnicas adecuadas para entender y ponderar la infracción²⁸⁷. En el caso de los recintos penitenciarios se justifica que la propia Administración Penitenciaria pueda adoptar decisiones rápidas frente a ciertas conductas antirreglamentarias de la población penal que pongan en riesgo el orden del establecimiento penitenciario y la seguridad personal tanto de los funcionarios de gendarmería como del resto de los internos²⁸⁸.

c) Por principio de subsidiaridad del derecho penal. El derecho penal debe ser aplicado sólo para sancionar las conductas socialmente intolerables²⁸⁹. Su intervención debe ser de *ultima ratio*, sólo para los casos de mayor gravedad.

d) Por razones de prevención especial. No parece conveniente sancionar penalmente a una persona que por primera vez comete una infracción de menor entidad. En estos casos es mejor utilizar otros

²⁸⁷ CORDERO, Eduardo, ob. Cit., p. 26; RODRIGUEZ COLLAO, Luis, ob. Cit., p. 130.

²⁸⁸ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en sentencia de 28 de junio de 1984 (Caso Campbell y Fell), ha justificado la necesidad del régimen disciplinario penitenciario por los siguientes motivos

-Por razones de seguridad y orden del recinto penal.

-Por la necesidad de asegurar una rápida y eficaz respuesta (represión) frente a las malas conductas de los internos.

-Por la responsabilidad que tiene la Administración penitenciaria.

Al respecto, RODRIGUEZ ALONSO, Antonio, ob. Cit., p. 231; FERNÁNDEZ GARCÍA, julio. , ob. Cit., 284; FERNÁNDEZ AREVALO, Luis. 2004. Régimen disciplinario. En: De Castro Antonio, José Luis (director). Derecho penitenciario II. Madrid, Consejo del Poder Judicial, p 212.

²⁸⁹ RODRIGUEZ COLLAO, Luis, ob. Cit., p. 130.

medios que puedan ser menos estigmatizadores que una condena judicial²⁹⁰.

- e) **Por sobrecarga de los tribunales de Justicia.** Al conferir potestades sancionadoras a la Administración, se busca no recargar en forma desmedida la labor de los Tribunales²⁹¹.
- f) **Por tratarse de ilícitos de menor importancia**²⁹².

5. Control de la actividad penitenciaria.

Por control se entiende un “un acto o procedimiento por medio del cual una persona o un órgano debidamente autorizado para ello, examina o fiscaliza un acto realizado por otra persona u órgano, a fin de verificar si en la preparación y cumplimiento de dicho acto se han observado todos los requisitos que exige la ley (en sentido lato)”²⁹³. También se ha señalado que el control consiste en un juicio de conformidad de la actuación del órgano sometido a control a ciertas reglas establecidas y que en caso de disconformidad va implicar la aplicación de una medida represiva, preventiva y rectificadora²⁹⁴.

Dentro de los mecanismos de control debemos destacar las vías administrativas y judiciales de impugnación de los actos administrativos.

A las primeras vías de impugnación en el derecho comparado se las denomina “procedimientos administrativos” y en nuestro país recursos administrativos (tal como se desprende del artículo 2 y 10 de la Ley orgánica constitucional de bases generales de la administración del Estado, N° 19.653).²⁹⁵

²⁹⁰ *Ibíd*em, p. 131.

²⁹¹ *Ídem*; CORDERO, Eduardo, ob. Cit., p. 128.

²⁹² CORDERO, Eduardo, ob. Cit., p. 128.

²⁹³ FERNANDEZ, Emilio. 1981. Diccionario de derecho público. Buenos aires, Astrea, p.101. Citado en BORDALÍ SALAMANCA, Andrés y FERRADA BORQUEZ, Juan Carlos. 2009. Estudios de justicia administrativa. Santiago, Legal Publishing, p.5.

²⁹⁴ CORDERO VEGA, Luis. 2006. El principio de control público en el derecho administrativo chileno. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, p. 22.

²⁹⁵ FERRADA BORQUEZ, Juan Carlos. 2011. Los procesos administrativos en el derecho chileno [en línea]. Revista de derecho de la Pontificia universidad Católica de Valparaíso 36, p. 253. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512011000100007&lng=es&nrm=iso

A las segundas vías de impugnación, en cambio, la doctrina comparada las denomina “procesos administrativos” y en nuestro país se les denomina “acciones” o “acciones jurisdiccionales” (art. 2 y 10 de la Ley orgánica constitucional de bases generales de la administración del Estado y art. 15 y 54 de la Ley de Bases de los procedimientos administrativos), que son los mecanismos a través de los cuales se solicita a los tribunales de justicia la revisión de una actuación administrativa o la tutela de un derecho o interés²⁹⁶. En estos casos los Tribunales sólo van a poder pronunciarse acerca de aspectos de forma y fondo de la actuación administrativa pero sin poder revisar lo relativo al mérito o conveniencia de la actuación.

A continuación nos referiremos a cada uno de estos controles incluyendo además otros mecanismos adicionales de control externo que existen en el ámbito penitenciario.

5.1. Control administrativo (recursos administrativos o procedimientos administrativos).

Es aquel que lleva a cabo el propio órgano de la Administración que realizó el acto que va ser objeto de examen. En otras palabras, el control lo va a realizar un órgano que forma parte de la Administración controlada²⁹⁷.

Este control se va ejercer principalmente a través de una serie de recursos administrativos, los que pueden ser definidos como aquellos mecanismos impugnatorios que se establecen a favor de los administrados para que soliciten, ante la propia Administración, que por razones de legalidad o mérito, se deje sin efecto o se modifique un acto administrativo²⁹⁸.

En el caso de la población penal, tal como veremos a continuación, estos recursos se encuentran en el propio Reglamento Penitenciario (control administrativo interno) y en la Ley 19.880 que establece base de los procedimientos administrativos (control administrativo externo).

²⁹⁶ Ob. cit., pp. 253-254.

²⁹⁷ CORDERO VEGA, Luis, ob. cit., p. 542.

²⁹⁸ BERMUDEZ SOTO, Jorge, ob. cit., p. 221.

a) Mecanismos de control administrativo consagrados en el Reglamento Penitenciario.

Este tipo de control, en el ámbito penitenciario, se desprende de la lectura de los artículos 9 y 58 del Reglamento Penitenciario.

El primero de los artículos citados establece, en su inciso segundo, en consonancia con el derecho de petición consagrado en el artículo 19 N°14 de la Constitución Política de la República, que “también podrán presentar a las autoridades penitenciarias peticiones y quejas relativas a su tratamiento o al régimen del establecimiento”.

El artículo 58, por su parte, establece el denominado recurso de petición o de reposición en materia penitenciaria²⁹⁹. Este recurso se debe interponer ante el jefe del establecimiento o Alcaide. El encargado de recepcionar el reclamo no va a poder negarse a recibirlo o tramitar la petición.

El reclamo debe ser realizado en forma individual, ya sea de forma escrita u oral, teniendo la máxima autoridad administrativa del penal un plazo de 15 días corridos para contestar o, a lo menos, para informar el estado en que se encuentra la tramitación.

Al procedimiento de reclamo anterior se le ha criticado que no está debidamente regulado y que no asegura debidamente los derechos de la población penal³⁰⁰. En efecto, se ha señalado que “no existe en Gendarmería un sistema transparente y efectivo de control interno para constatar, investigar y sancionar las conductas que transgreden los derechos básicos de los reclusos a pesar de los procedimientos establecidos en el Reglamento penitenciario. La debida tramitación de las peticiones es responsabilidad de los alcaides de cada recinto. Sin embargo, en algunos recintos penitenciarios el alcaide nunca se entera de los reclamos que se realizan ni en contra de quién se hacen”.³⁰¹

²⁹⁹ SALINEROS, María Alicia, ob. cit., p. 45.

³⁰⁰ HORVITZ LENNON, María y LOPEZ MASLE, Julian, ob. cit., p. 591.

³⁰¹ CENTRO DE DERECHOS HUMANOS.2003. Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2003 (hechos del 2002). Santiago, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, pp. 83-84.

Es por lo anterior que el año 2001 se crea una oficina de partes (oficina de información y reclamos) y el 2002 se crea una Unidad de Fiscalía interna que tiene por objeto controlar el comportamiento de los funcionarios. Sin embargo, no se reguló en ninguno de estos casos el procedimiento administrativo de reclamo ni de fiscalización.

b) Mecanismos de control administrativos consagrados en la Ley 19.880.

En el ámbito penitenciario son plenamente aplicables los mecanismos impugnatorios establecidos en la Ley 18.880 frente a los actos o decisiones que adopte Gendarmería de Chile y que afecten o lesionen derechos e intereses legítimos de la población penal³⁰².

Lo anterior se sustenta, en primer lugar, que esta ley, conforme a lo dispuesto en su artículo 2, se aplica, entre otros, a todos los servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa (cabe recordar que conforme al artículo 1 de la LOC de Gendarmería, éste es considerado un servicio público). En segundo lugar, en que su artículo 1, inciso segundo, señala que “en caso de que la ley establezca procedimientos administrativos especiales, la presente ley se aplicará con carácter de supletoria”.

De esta forma se considera que la LBPA, en la fase de ejecución penal, vendría a llenar todos aquellos vacíos que se pueden observar en el procedimiento administrativo penitenciario de reclamación y, en particular, en los medios de impugnación administrativos³⁰³. En efecto, si bien el Reglamento penitenciario no se refiere a la posibilidad que tendría la población penal de recurrir en contra de las resoluciones o decisiones que adopte el jefe del establecimiento por las peticiones que se le realicen, sí sería posible en virtud del principio de impugnabilidad que se

³⁰² KENDALL GRAIG, ob. cit., p. 48; SALINEROS, María, ob. Cit., p 46.; CORDERO, Luis, ob. cit., p. 410; AGUILÓ, Pedro y MILOS, Catalina. 2013. Personas privadas de libertad y medidas disciplinarias en Chile, Análisis y propuesta desde una perspectiva de derechos humanos. Santiago, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, p. 122.

³⁰³ KENDALL GRAIG, ob. cit., pp. 50-52; Corresponde a lo que se denomina la supletoriedad de segundo grado que de acuerdo al profesor Luis CORDERO se da cuando se debe acudir a la LBPA para efecto de integrar un procedimiento administrativo que ha sido regulado parcialmente por el legislador. En ob. cit., pp. 355-356. Del mismo modo, BERMUDEZ, Jorge, ob. Cit., pp. 178-179;

consagra en el artículo 15 de la Ley 19.880 al señalar que “todo acto administrativo es impugnado por el interesado mediante los recursos administrativos de reposición y jerárquico, regulados en esta ley, sin perjuicio del recurso extraordinario de revisión y de los demás recursos que establezcan las leyes especiales”.

Es por ello que la población penal va a contar con los siguientes mecanismos de impugnación frente a las decisiones adoptadas por el jefe del establecimiento:

- i) **Recurso de reposición:** Se encuentra regulado en el artículo 59 de la LBPA. Se caracteriza este recurso porque se interpone ante la misma autoridad (Jefe de establecimiento) que dictó el acto administrativo que el administrado (interno) considera que vulnera sus intereses o derechos. Se debe interponer dentro de los cinco días contados que se notifique el respectivo acto. Por su parte la Administración va a tener un plazo de 30 días para resolver este recurso.
- ii) **Recurso jerárquico.** Se encuentra también consagrado en el artículo 59 de la LBPA. Se trata de aquella reclamación que tiene por finalidad impugnar actos dictados por un órgano administrativo subordinado³⁰⁴. Este recurso debe interponerse ante el superior jerárquico del que dicta el acto impugnado (en este caso ante el Director regional de Gendarmería³⁰⁵) dentro del plazo de 5 días desde la notificación (en caso que no se deduzca conjuntamente con la reposición y en subsidio de ésta). En este caso el superior jerárquico va a tener que oír previamente a la autoridad cuyo acto se impugne (alcaide), teniendo 30 días para resolver. La resolución que acoge el recurso jerárquico va a poder modificar, reemplazar o dejar sin efecto el acto impugnado.
- iii) **Recurso de revisión.** Este recurso que se encuentra consagrado en el artículo 60 de la LBPA presenta las siguientes características fundamentales: a) Sólo procede en contra de actos firmes, contra los cuales ya no hay otra vía de impugnación; b) Se debe interponer ante el superior jerárquico del que dictó el acto administrativo y, de no haberlo,

³⁰⁴ CORDERO VEGA, Luis, ob. cit., p. 227.

³⁰⁵ KENDALL GRAIG, Stephen, ob. cit, p. 72.

ante la autoridad que hubiese dictado el acto; c) Solo procede por las causales expresamente enumeradas en el artículo citado (que la resolución se hubiera sin el debido emplazamiento; existencia de error de hecho o aparición de documentos esenciales; acto dictado como consecuencia de prevaricación cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta; que en la resolución hayan influido de modo esencial documentos o testimonios declarados falsos por sentencia ejecutoriada posterior a aquella resolución).

5.2. Control externo.

5.2.1 Control ejercido por tribunales de justicia (acciones jurisdiccionales o procesos administrativos).

a) Aspectos generales.

Hoy en día se considera fundamental para asegurar el fortalecimiento del Estado de Derecho que las actuaciones de la Administración del Estado puedan ser objeto de control judicial de tal forma de evitar los “posibles desbordes del poder público” en el ejercicio de las facultades que se le confieren³⁰⁶. Sin embargo, en nuestro país, la idea de que los tribunales ordinarios tienen competencia para conocer de los conflictos contenciosos administrativos no tiene una larga data.

Lo anterior se explica en buena parte debido a que si bien tanto la Constitución del 25 como la del 80 hacían referencia a la creación de Tribunales contenciosos éstos hasta el día de hoy no se han creado.

La Constitución del 25, en su artículo 87, establecía que habría “[...] tribunales administrativos, formados con miembros permanentes, para resolver las reclamaciones que se interpongan contra los actos o disposiciones arbitrarias de las autoridades públicas o administrativas y cuyo conocimiento no esté entregado a otros Tribunales por la Constitución o las leyes. Su organización y atribuciones son materia de ley”.

³⁰⁶ BERMUDEZ, JORGE, ob. cit., p. 523; CORDERO VEGA, Luis, ob. cit., pp. 611-612.

Pese a que la intención original de este controvertido precepto fue la de fortalecer el Estado de Derecho a través del sometimiento de la Administración a un control de una jurisdicción especializada, el efecto práctico terminó siendo el contrario puesto que la referencia que se hacía a los Tribunales Administrativos sirvió para justificar la falta de competencia de los Tribunales ordinarios para controlar los actos de la administración, debido a que no podían inmiscuirse en las facultades de los otros poderes del Estado³⁰⁷.

Por su parte, el artículo 38, inciso segundo de la Constitución Política de la República, hasta antes de la modificación introducida por la Ley 18.825 el año 1989, volvía hacer alusión a “Tribunales contenciosos administrativos que determine la ley.”

Más allá de lo señalado, en las últimas décadas en nuestro país, se ha producido una verdadera reformulación de sistema jurídico administrativo, a partir de la plena recepción del principio de tutela judicial en el ámbito del derecho administrativo, lo que se sustentaría en las siguientes razones:

- a) **Modificación del artículo 38 de la CPR.** La ley 18.825, de 1989, suprimió la referencia que hacía el antiguo artículo 38 de la Constitución del 80 a los tribunales contenciosos administrativos, dejando sólo la mención a los tribunales que determine la ley. A partir de lo anterior se entiende que le corresponde conocer de estas materias a los tribunales ordinarios a menos que se establezca una judicatura especial³⁰⁸.
- b) **La interpretación amplia del concepto “causa civil” del artículo 76 de la Constitución Política y del artículo 1 del Código Orgánico de Tribunales**³⁰⁹. Se entiende que la referencia que hace el artículo 76, inciso primero, de la Constitución Política de la República, incluye los asuntos contenciosos administrativos.

³⁰⁷ BERMUDEZ, Jorge, ob. cit., p. 525; AYLWIN AZOCAR, Arturo. 1999. Efectos de la reforma del Art. 38, inciso 2°, de la Constitución Política sobre régimen de lo contencioso administrativo. En: CORREA SUTIL, Jorge (Director).1990. La reforma constitucional de 1989. Estudio Crítico. Santiago, Cuadernos de Análisis Jurídico 13, p. 45.

³⁰⁸ AYLWIN AZOCAR, Arturo, pp. 49-50; BERMUDEZ, Jorge, ob. cit., p. 527.

³⁰⁹ BORDALÍ SALAMANCA, Andrés y FERRADA BORQUEZ, Juan Carlos, ob. cit., p. 37; BERMUDEZ, Jorge, ob. cit., p. 527; AYLWIN AZOCAR, Arturo, ob. cit., 49-50.

c) Principio de inexcusabilidad³¹⁰. Tras la modificación del artículo 38 y, en virtud del principio de inexcusabilidad consagrado en el artículo 76 de la Constitución, se señala que los Tribunales ordinarios de justicia no van a poder excusarse de conocer un asunto contencioso administrativo. Además hay que tener en consideración que el artículo 5 del Código orgánico de Tribunales dispone que a los tribunales ordinarios les va a corresponder conocer de todos los asuntos judiciales que se promuevan dentro del territorio de la república, sin perjuicio de las excepciones que establece la constitución y las leyes, dentro de las cuales no se encuentran los conflictos contenciosos administrativos.

d) Nuevas acciones. Por la creación legal (principalmente el recurso de protección) y jurisprudencial (acción de nulidad de derecho público) de nuevos mecanismos de control judicial de la actividad administrativa³¹¹.

Por todas las razones anteriores ya no cabe duda que procede el control judicial de la actividad administrativa, con lo que se asegura la consolidación de la vigencia del Estado de Derecho en la relación jurídica administrativa.

b) Reglas relativas al ejercicio de los mecanismos de control administrativo y jurisdiccional.

Existiendo más de una vía posible para impugnar los actos administrativos, lo que debe determinarse es si el ordenamiento jurídico establece o no en esta materia un orden de prelación al administrado en cuanto a los mecanismos de impugnación.

El artículo 54 de la LBPA otorga a los particulares un derecho de opción para efectos de decidir someter el conocimiento del asunto a la revisión administrativa (recursos administrativos) o judicial (acciones jurisdiccionales).

Esto significa que, al no haberse instaurado un orden de prelación, el administrado no va a tener que agotar previamente la vía administrativa para poder

³¹⁰ BERMUDEZ, Jorge, ob. cit., p. 527; AYLWIN AZOCAR, Arturo, ob. cit., 49-50.

³¹¹ BORDALÍ SALAMANCA, Andrés y FERRADA BORQUEZ, Juan Carlos, ob. cit., p. 37;

poner en marcha el aparato jurisdiccional, puesto que va a poder optar conforme a su conveniencia y estrategia de defensa por cualquiera de las dos vías³¹².

De la lectura del artículo 54 de la LBPA se desprenden una serie de reglas relativas a la relación que debe existir entre la vía administrativa y jurisdiccional de reclamos de los particulares frente a los actos de la Administración que se pueden resumir de la siguiente forma³¹³:

- a) **Regla de la dilación de la vía jurisdiccional.** Conforme a lo dispuesto en el inciso primero del artículo 54 de la LBPA si el administrado opta por interponer la reclamación ante la Administración, no va a poder paralelamente interponer la misma pretensión ante los Tribunales de Justicia mientras la vía administrativa no haya sido resuelta o no haya transcurrido el plazo para que deba entenderse desestimada. Lo anterior se explica como una forma de evitar la dictación de sentencias contradictorias.
- b) **Regla de la interrupción.** Conforme al inciso segundo del artículo 54, una vez que se plantea el reclamo por vía administrativa se va a interrumpir el plazo para ejercer la acción jurisdiccional la que va a volver a contarse desde la fecha en que se notifique el acto o, en su caso, desde que la reclamación se entienda desestimada por el transcurso del plazo
- c) **Regla de la inhibición administrativa.** Por último, el inciso tercero del artículo 54 establece que si el administrado recurre ante el juez primero, la Administración va a tener que abstenerse de conocer cualquier reclamación que se interponga sobre la misma reclamación.

c) Órganos jurisdiccionales encargados de llevar a cabo el control externo.

C.1. Control ejercicio por los Tribunales superiores de Justicia.

A falta de una judicatura especializada en la fase de ejecución penal, nuestros tribunales superiores de justicia se han transformado en el mecanismo más utilizado

³¹² FERRADA BORQUEZ, Juan Carlos, ob. cit., p. 255.

³¹³ BERMUDEZ, Jorge, ob. cit., pp. 228 y ss.; FERRADA BORQUEZ, Juan Carlos, ob. cit., pp. 260. y ss.

a la hora de que los internos busquen protección y resguardo jurisdiccional a sus derechos, a través de las acciones constitucionales de protección y amparo.

En cuanto al recurso de protección que se encuentra regulado en el artículo 20 de nuestra carta fundamental y en AA de la Corte Suprema sobre tramitación y fallo del recurso de protección de las garantías constitucionales, podemos señalar que es “(...) el derecho que tiene toda persona que ha sido afectada en el ejercicio legítimo en uno o más de sus derechos fundamentales explicitados en el artículo 20 de la Constitución, ya sea mediante amenaza, perturbación o privación a través de un acto u omisión ilegal o arbitraria por instituciones públicas, autoridades o personas naturales o jurídicas, a que a través de la tutela jurisdiccional del Estado, desarrollada por la Corte de Apelaciones respectiva, se restablezca en forma rápida y eficaz la vigencia normal del ordenamiento jurídico y del ejercicio de los derechos de la persona afectada”³¹⁴.

Debido que en nuestro país no se ha establecido ni regulado un procedimiento contencioso administrativo general, los particulares suelen acudir a la acción de protección como un mecanismo de impugnación de los actos administrativo, de tal forma que en la práctica judicial se ha transformado en un verdadero contencioso-administrativo general y supletorio que busca que en sede judicial se anule (se deje sin efecto) un determinado acto administrativo³¹⁵. Pero para ello, se debe necesariamente vincular la arbitrariedad o ilegalidad de un determinado acto administrativo, con la privación, perturbación o amenaza de un derecho fundamental que se encuentre contemplado dentro del artículo 20 de la Constitución, lo que termina por “fundamentalizar” los conflictos que se generan entre la Administración y los Administrados³¹⁶.

³¹⁴ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto “Derechos fundamentales y garantías constitucionales. Tomo I...”. ob. cit., p. 331.

³¹⁵ CORDERO VEGA, Luis, ob. cit., p. 624; BERMUDEZ, Jorge, ob. cit., pp. 571-572; FERRADA BORQUEZ, Juan Carlos; BORDALLÍ SLAMANCA, Andrés y CAZOR ALISTE, Kamel. 2003. El recurso de protección como mecanismo de control jurisdiccional ordinario de los actos administrativos: una respuesta inapropiada a un problema jurídico complejo. Revista de Derecho XIV: 68-69; NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, ob. cit., pp. 332-333; KENDALL GRAIG, Stephen, ob. cit., p. 110; BORDALLÍ SALAMANCA, Andrés y FERRADA BORQUEZ, Juan Carlos, ob. cit., p. 41.

³¹⁶ Como señalamos, para acudir en estos casos al recurso de protección se requiere que exista una vulneración a un derecho fundamental reconocido por la Constitución. El problema es que en la mayoría de los reclamos de arbitrariedad o ilegalidad de los actos administrativos no suele existir una

Por su parte, el recurso de amparo puede ser definido como aquella “[...] acción constitucional que cualquier persona puede interponer ante los tribunales superiores, a fin de solicitar que se adopten inmediatamente las providencias que juzguen necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección al afectado, dejando sin efecto una privación, o amenaza a la libertad personal y seguridad individual, sin limitaciones y sin que importe el origen de dichos atentados.”³¹⁷.

Con esta acción, consagrada en el artículo 21 de nuestra carta fundamental y regulada por el Auto Acordado de la Corte Suprema de 19 de diciembre de 1932, se busca resguardar los derechos de la libertad personal y de la seguridad individual que se encuentran reconocidos en el artículo 19 N° 7 de la CPR.

El primero de estos derechos, el de la libertad personal, va más allá de la simple libertad de desplazamiento y residencia y comprende también el libre desarrollo de la personalidad, es decir, el derecho de cada persona a decidir cuál va ser su rol dentro de la sociedad y la forma en que desea realizarse en lo personal³¹⁸. Es por esta razón que se sostiene que la libertad personal comprende también las condiciones en que una persona cumple una pena privativa de libertad, las que deben ser garantizadas por el Estado, puesto que en una sociedad democrática la

afectación directa de un derecho fundamental. Sin embargo, los Tribunales superiores de Justicia admiten de todas formas a tramitación el recurso debido a que se considera que no existe un procedimiento contencioso administrativo que proteja adecuadamente los derechos de los particulares en el ordenamiento jurídico chileno. En la práctica se realiza una interpretación amplísima de ciertos derechos fundamentales, como el de propiedad o de igualdad ante la ley, de tal forma que se convierten en cláusulas generales de contenido indeterminado que facultan a los administrados a recurrir frente a cualquier acto arbitrario o ilegal de la administración que ponga en entredicho algún derecho o beneficio de los particulares. Al respecto, CORDERO VEGA, ob. cit., p. 624; NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, ob. cit. p. 333; FERRADA BORQUEZ, Juan Carlos; BORDALÍ SALAMANCA, Andrés y CAZOR ALISTE, Kamel, ob. cit., pp. 76-77. Sobre esta materia volveremos a referirnos en el último capítulo de esta tesis al abordar como un mecanismo de protección de los derechos de los internos algunas manifestaciones o efectos del fenómeno de constitucionalización del derecho administrativo.

³¹⁷ MATURANA, Cristian y MOSQUERA, Mario. 2010. Los recursos procesales. Santiago, Editorial Jurídica, p. 437.

³¹⁸ UNIDAD DE DEFENSA PENITENCIARIA, “La doctrina de las relaciones de sujeción especial en la jurisprudencia...” ob. cit. p. 27. De igual manera el Comisionado ORTUZAR al sostener en la Comisión de estudio de la Constitución que la libertad individual propiamente tal se refiere a “(...) la facultad de una persona de obrar libremente para obtener el pleno desarrollo de su personalidad, siempre que no actúe contra la ley o en perjuicio de terceros”. Citado por CEA EGAÑA, José Luis. 2004. Derecho constitucional chileno. Tomo II. Derechos, deberes y garantías. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, p. 230.

forma en que se ejecuta este tipo de pena debe ser compatible con la dignidad humana del interno y el reconocimiento y garantías de sus derechos fundamentales³¹⁹. Lo anterior se desprende de la sola lectura del artículo 19, N° 7, letra b) de la CPR que establece que “nadie puede ser privado de la libertad personal ni ésta restringida sino en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes.”

Por su parte, la seguridad individual, busca, por una parte, rodear a la libertad personal de una serie de mecanismos cautelares que impidan su vulneración y, por otra, brindar protección frente a amenazas a la integridad personal o a la vida de una persona.

En definitiva, en el ámbito penitenciario, el recurso de amparo, se utiliza como un mecanismo para impugnar las resoluciones administrativas que vulneran el derecho a la libertad personal o seguridad individual y en contra de ciertas vías de hechos que afectan estos derechos³²⁰.

La pregunta que debemos hacernos es cuál de estas acciones constitucionales resultan más idónea para impugnar ciertas actuaciones, materiales o jurídicas, que realizan los operadores penitenciarios y que pueden afectar los derechos fundamentales de los internos.

En principio la respuesta pareciera ser que el recurso más conveniente es el de amparo, puesto que, entre otras razones, no contempla un examen de admisibilidad tan estricto como el de protección, no requiere ser presentado en un plazo determinado y su tramitación es más rápida³²¹.

³¹⁹ Es por ello que Humberto NOGUEIRA ALCALÁ sostiene que una de las hipótesis que da lugar al recurso de amparo es el “derecho del detenido sometido a prisión preventiva o condenado a no ser objeto de tratamientos carentes de razonabilidad o proporcionalidad, respecto de la forma y condiciones en que se cumple la detención, prisión preventiva o la pena” En ob. cit., p.405.

³²⁰ KENDALL GRAIG, ob. cit, p. 138. Así se ha utilizado para impugnar la ilegalidad y arbitrariedad de los traslados decretados por la autoridad penitenciaria de los castigos disciplinarios, de las decisiones adoptadas en cuanto a los beneficios intrapenitenciarios o de ciertas situaciones y condiciones carcelarias que pongan en riesgo la vida o la integridad física y psíquica de los internos (UNIDAD DE DEFENSA PENITENCIARIA, “La doctrina de las relaciones de sujeción especial en la jurisprudencia...” ob. cit., p. 35).

³²¹ STIPPEL, Jorg. Ob. cit , p. 200.

No obstante lo anterior, se deben tener en consideración una serie de nudos críticos que presenta el recurso de amparo que afecta el derecho al acceso a la tutela judicial de las personas que se encuentran privadas de libertad³²²:

- a) En el control de admisibilidad se suelen rechazar un sinnúmero de recursos de amparo por considerar que los antecedentes expuestos carecen de fundamento plausible o que los hechos relatados no dan cuenta de una vulneración a la libertad personal o seguridad individual.
- b) En algunas sentencias se restringe la procedencia de este recurso sólo a casos de privación de libertad no autorizadas por el legislador, por lo que quedarían fuera del ámbito de protección del habeas corpus los casos en que dicha privación se encontrara regulada por la ley. Lo anterior se sustenta en que la ejecución de estas penas se encontraría sujeta bajo la potestad discrecional de la autoridad administrativa. Se considera, entonces que todo lo que ocurre dentro de la fase de ejecución, cae dentro de la órbita de competencia exclusiva y excluyente de Gendarmería, por lo que las decisiones adoptadas por este servicio público no puede ser objeto de control judicial.
- c) Los recursos de amparos suelen rechazarse puesto que al momento de ingresarse a tramitación la acción u omisión arbitraria ha dejado de existir.
- d) Las Cortes suelen resolver el recurso teniendo en consideración exclusivamente el informe y los antecedentes remitidos por Gendarmería.

En el anexo de esta tesis se podrá encontrar la revisión de una serie de fallos relativos a acciones constitucionales de protección y amparo interpuestas por la denegación de la libertad condicional, por las condiciones carcelarias, por traslados, por malos tratos y torturas y por la aplicación del régimen disciplinario y la sanción de aislamiento e internación en celda solitaria.

³²²UNIDAD DE DEFENSA PENITENCIARIA, ob. cit., pp. 33 y ss. .

C.2 Control ejercido por Jueces de garantía.

c.2.1 El juez de garantía como juez de ejecución penal. Marco normativo.

Como tuvimos ocasión de analizar en el segundo capítulo de esta tesis, a falta de una judicatura especializada, le ha correspondido a los jueces de garantía asumir tal función en virtud de lo dispuesto principalmente en los artículos 14, letra f) del COT; 466 del CPP; artículo 9 del RP.

El primer precepto legal mencionado establece que dentro de las funciones de los jueces de garantía está la de hacer ejecutar las condenas criminales y resolver la solicitud y reclamos relativos a dicha ejecución en conformidad a la ley procedimental.

El segundo precepto legal mencionado señala que el condenado va a poder ejercer durante la ejecución de la pena todos los derechos y facultades que la normativa penal y penitenciaria le otorgaren.

Por último, el precepto reglamentario dispone que los internos, en defensa de sus derechos e intereses, van a poder dirigirse a las autoridades y formular las reclamaciones y peticiones pertinentes.

De la lectura de estos preceptos es posible colegir que a los jueces de garantía les va a corresponder conocer y resolver las solicitudes y reclamos que puedan presentar las personas privadas de libertad para efectos de la tutela de sus derechos fundamentales.

c.2.2 Procedimientos ante los jueces de garantía.

Uno de los problemas que presenta el sistema de control judicial de la actividad penitenciaria por parte de los jueces de garantía es que el legislador no ha regulado las materias sobre las cuales pueden recaer los reclamos de los internos ni

tampoco los procedimientos aplicables para el ejercicio de sus competencias en la fase de ejecución penal³²³.

Es por esta razón que la doctrina se ha encargado de proponer los siguientes procedimientos a través de los cuales los internos podrán poner en marcha la actividad jurisdiccional de estos jueces penales:

— *Cautela de garantías*³²⁴.

El artículo 10 del CPP establece, dentro de sus principios básicos, la denominada cautela de garantías que faculta al respectivo juez de garantía para que, de oficio o a petición de parte, adopte las medidas necesarias en aquellos casos en que estime que el imputado, en cualquier etapa del procedimiento, no se encuentra en condiciones de ejercer los derechos que le otorgan las garantías constitucionales consagradas en la Constitución Política de la República, en las leyes o en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

En casos que esa medida no fueren suficientes el juez va a poder ordenar la suspensión del procedimiento y citar a los intervinientes a una audiencia.

Con el mérito de los antecedentes ahí reunidos y de lo que se exponga en la audiencia, resolverá la continuación del procedimiento o decretará el sobreseimiento temporal del mismo.

Si bien esta norma tuvo su origen en la preocupación mostrada por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado con respecto a las medidas de seguridad aplicables a los enajenados mentales³²⁵, la doctrina ha extendido el ámbito de su aplicación a los imputados durante cualquier

³²³ KENDALL GRAIG, Stephen, ob. cit., p. 169; CENTRO DE DERECHOS HUMANOS UDP. 2010. Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2010. Santiago. Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, p. 139; CENTRO DE DERECHOS HUMANOS UDP. 2011. Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2011. Santiago. Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, p. 120.; AGUILO, Pedro y MILOS, Catalina, ob. cit., p.118; ARRIAGADA, Isabel y SILVA, Guillermo, ob. cit., p 124.

³²⁴ ESPINOZA, OLGA y SALINAS, Alicia. 2014. Apartado “Estudio Jurídico. Chile.” En: PROGRAMA EUROSOCIAL (ed. Ejecución de la pena privativa de libertad. Una mirada comparada. Madrid, Edita Programa EuroSocial, pp. 205-207; AGUILO, Pedro y MILOS, Catalina, ob. cit., p.126-127;

³²⁵ CASTRO JOFRÉ, Javier. 2006. Introducción al derecho procesal chileno. Santiago, Lexis Nexis, p. 80; HORVITZ LENNON, María Inés y LOPEZ MASLE, Julián, ob. cit, p. 101.

etapa del procedimiento penal así como de las personas que ya se encuentren cumpliendo una pena privativa de libertad³²⁶.

Esta exegesis doctrinal se sustenta en el principio *pro homine* de interpretación de los derechos fundamentales³²⁷. Conforme a este principio se debe optar siempre por aquella interpretación que de mejor forma proteja, asegure y garantice los derechos humanos de las personas. En otras palabras, “implica una interpretación que optimice los derechos fundamentales, dando preferencia a la interpretación que más fuertemente despliegue la eficacia jurídica de la norma”³²⁸.

Pues bien, este principio, se manifiesta en el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva favoreciendo el acceso a la justicia y el derecho a la jurisdicción³²⁹.

Entre una interpretación que restrinja el derecho a la acción y otro que lo permita, se debe optar siempre por aquella que posibilite la posibilidad de una persona a poder acudir ante los tribunales de justicia.

En base a lo anterior, el término “imputado” utilizado por el artículo 10 del CPP debe extenderse a cada una de las etapas en que se puede encontrar una persona en un procedimiento penal, incluyendo, por cierto, al imputado condenado, que podrá utilizar este mecanismo de protección de garantías para que el juez de garantía le asegure aquellos derechos fundamentales que le están siendo vulnerados o privados durante la fase de ejecución penal.

— *Requerimiento de información a las autoridades y órganos del Estado*³³⁰.

Consiste en la solicitud de información que, de acuerdo al artículo 19 del CPP, tanto el Ministerio Público como los Tribunales con competencia penal pueden

³²⁶ AGUILO, Pedro y MILOS, Catalina, ob. cit., p. 127. CASTRO JOFRÉ, ob. cit., p. 81. STIPPEL, Jorg, ob. Cit. p. 263.

³²⁷ ESPINOZA, OLGA y SALINAS, Alicia, ob. cit., p. 206.

³²⁸ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, ob. cit., p. 265.

³²⁹ Ibid, p. 266.

³³⁰ SALINEROS RATES, María Alicia, ob. cit., pp 52-53

formular a las autoridades y órganos del Estados, los que están obligados por ley a entregarla sin demora³³¹.

El objeto de este requerimiento puede tener por finalidad que se realicen determinadas diligencias o bien el envío de información³³².

La autoridad sólo va a poder negarse al envío de los antecedentes solicitados por el carácter secreto o reservado de la información o que la publicidad pudiera afectar la seguridad nacional.

En estos casos, el tribunal requirente deberá formular la solicitud directamente ante la Corte de Apelaciones respectiva o ante la Corte Suprema si el motivo en que se sustenta la negativa es la seguridad nacional.

Este tipo de requerimientos podría ser utilizado por los jueces de garantía para solicitar a la autoridad penitenciaria los antecedentes necesarios para resolver un reclamo presentado por algún interno por un acto administrativo que vulnere sus derechos fundamentales.

Es lo que podría ocurrir en el caso que un interno considere que la denegación del permiso de salida es una decisión arbitraria. A juicio de María SALINEROS, el juez de garantía podría solicitar por esta vía a Gendarmería los antecedentes necesarios para resolver el reclamo del interno³³³.

— *Audiencia del artículo 466 del CPP*³³⁴.

Esta norma, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 76 de la CPR y 14, letra f) del COT, permite configurar el contencioso administrativo penitenciario a través del cual se puede controlar la legalidad tanto de los actos administrativos como de las actuaciones materiales de la Autoridad penitenciaria.

³³¹ HORVITZ LENNON, María Inés y LOPEZ MASLE, Julián, ob. cit., p. 314.

³³² MATORANA MIQUEL, Cristian y MONTERO LOPEZ, Raúl, ob. cit., p. 442.

³³³ SALINEROS RATES, María, ob. cit. p. 52.

³³⁴ ESPINOZA, OLGA y SALINAS, Alicia, ob. cit., p. 208.; CORDERO QUINZACARA, Eduardo, ob. cit. pp. 36 y ss,

En cuanto a los actos administrativos, el juez de garantía deberá verificar el cumplimiento de cada uno de los elementos del acto administrativo para efectos de establecer su conformidad con el ordenamiento jurídico.

Deberá verificar, entre otros aspectos, la competencia e investidura de la autoridad que dictó el acto, los motivos de hecho y de derecho que le sirven de sustento, la legalidad de su objeto, el cumplimiento del fin que se busca alcanzar con dicha potestad y los aspectos formales del acto³³⁵.

En cuanto a los actos materiales, se debe tener en consideración lo dispuesto en el artículo 50 de la Ley 19.880 que establece que “la administración pública no iniciará ninguna actuación material de ejecución de resoluciones que limite derechos de los particulares sin que previamente haya sido adaptada la resolución que le sirva con fundamento jurídico”.

Esto implica que las actuaciones materiales deben contar con un acto administrativo que le sirva de fundamento, por lo que si la actuación carece de título o se aparte del mismo, el juez deberá ordenar la restitución del estado material de las cosas al anterior a la actuación llevada a cabo por Gendarmería.

— *Amparo ante el juez de garantía (art. 95 del CPP)*³³⁶.

Concepto. Normativa.

Es aquella acción que se ejerce ante el juez de garantía para que éste examine la legalidad de la privación de libertad que sufre una persona así como las condiciones en las que se encuentra ésta³³⁷.

El artículo 95 del CPP, que establece el amparo ante el juez de garantía, dispone en su inciso primero que “Toda persona privada de libertad tendrá derecho a ser conducida sin demora ante un juez de garantía, con el objeto de que examine la

³³⁵ Ibid, p. 38,

³³⁶ AGUILO, pedro y MILOS, Catalina, ob. cit., p. 126; KENDALL GRAIG, ob. cit., pp. 100 y ss; ESPINOZA, OLGA y SALINAS, Alicia, ob. cit., pp. 207-208

³³⁷ VENEGAS VILCHES, Cristóbal 2016. Procedencia del recurso de apelación contra la resolución que falla el amparo ante el juez de garantía del artículo 95 del Código Procesal Penal. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, p. 30.

legalidad de su privación de libertad y, en todo caso, para que examine las condiciones en que se encontrare, constituyéndose, si fuere necesario, en el lugar en que ella estuviere. El juez podrá ordenar la libertad del afectado o adoptar las medidas que fueren precedentes”.

Aplicación en el ámbito penitenciario.

Esta acción, en la fase de ejecución penal, podría tener aplicación para efectos de solicitar al juez de garantía que se corrijan las condiciones en que una persona se encuentra privada de libertad (habeas corpus correctivo)³³⁸.

Su aplicación en el ámbito penitenciario se sustenta en las siguientes razones³³⁹:

a) Redacción del artículo 95 del CPP. Este precepto utiliza la expresión “Toda persona privada de libertad” por lo que permitiría incluir a las imputados condenados.

b) Calidad de imputado. El artículo 7 del CPP dispone que “las facultades, derechos y garantías que la Constitución Política de la República, este Código y otras leyes reconocen al imputado, podrán hacerse valer por la persona a quien se atribuyere participación en un hecho punible desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra y hasta la completa ejecución de la sentencia.” Esta última frase permite sostener que el imputado condenado va a poder hacer valer las facultades, derechos y garantías constitucionales y legales hasta el completo cumplimiento de la pena.

Tribunal competente.

La competencia absoluta de esta acción le corresponde al juez de garantía. En cuanto a la competencia relativa le va corresponder al juez de garantía que estuviere conociendo del caso o aquel del lugar donde la persona privada de libertad se encontrare (art. 95, inciso segundo, CPP).

³³⁸ KENDALL GRAIG, ob. cit., p. 101.

³³⁹ Ibid, pp. 102-103.

Titularidad de la acción.

Si bien el titular de la acción es la persona privada de libertad, el legislador dispone que pueden solicitar a su nombre la tutela jurisdiccional su abogado, sus parientes o cualquier persona.

Contenido de la acción.

La acción de amparo ante el juez de garantía sólo va ser procedente cuando el derecho a la libertad personal y la seguridad individual se ha vulnerado efectivamente (amparo correctivo). El amparo va ser procedente:

- a) Cuando a través de un acto administrativo se prive de libertad a una persona. Sería procedente esta acción en contra de la resolución administrativa que imponga a un interno la medida de encierro en celda de aislamiento o incluso para reclamar la revocación de una libertad condicional o de un permiso de salida, cuando estos actos administrativos sean considerados arbitrarios o ilegales³⁴⁰.
- b) Cuando la privación de libertad emane de una resolución judicial, pero no para impugnar su legalidad (artículo 95, inciso tercero, CPP), sino que para que el juez examine las condiciones en que se encuentra el interno. En definitiva, se ha señalado que “el límite del inciso tercero busca restringir la aplicación del amparo judicial cuando su objetivo sea impugnar una resolución judicial. Por tanto, si se podría interponer un amparo del artículo 95 contra una privación de libertad ordenada judicialmente, en cuanto su objetivo no sea impugnar el mérito de la resolución judicial”³⁴¹.

Tramitación.

El artículo 95 del CPP no reguló el procedimiento del amparo judicial por lo que se ha sostenido que se deberá tramitar, en la medida de ser posible, a través de una audiencia oral y pública. Pero dada la urgencia de las situaciones que pueden

³⁴⁰ KENDALL GRAIG, ob. cit., pp. 102-103.

³⁴¹ VENEGA VILCHES, Cristóbal, ob. cit., p. 42. Cita en esta misma línea a FERNÁNDEZ GONZALEZ, Miguel. 2006. La nueva justicia penal frente a la constitución. Santiago, Editorial Legal Publishing, pp. 42-43.

motivar el recurso, el juez deberá resolver en algunos casos sólo teniendo en consideración los antecedentes que le son presentados³⁴².

c.2.3 Problemas que presenta el control judicial llevado a cabo por los jueces de garantía.

Junto a la falta de una normativa que establezca las materias y los procedimientos que deben aplicar los jueces de garantía, se critica lo siguiente a este mecanismo de control judicial de la ejecución de penas³⁴³:

- a) **Juez no especializado.** Se trata de un juez especializado en materias penales y procesales pero no en el ámbito administrativo penitenciario. Lo anterior repercute en el control judicial que realiza de la fase de ejecución y, que se suelen inhibir de conocer y resolver los conflictos que se susciten entre la Administración Penitenciaria y la población penal.
- b) **Competencia no exclusiva.** Los jueces de garantía destinan buena parte del ejercicio de sus funciones a conocer y resolver materias propias del procedimiento penal, sin que puedan destinarse de forma exclusiva a conocer los conflictos que se presentan durante la fase de ejecución penal. Al respecto se sostiene que “la realidad de los establecimientos penitenciarios de nuestro país, con altas tasas de hacinamiento, malas condiciones básicas de la vida, importantes niveles de violencia que se manifiestan en muertes y lesiones frecuentes entre la población penal, exigen un juez con dedicación exclusiva”³⁴⁴.
- c) **Competencia relativa.** Le corresponde ejercer el control judicial de la ejecución penal, conforme a lo dispuesto en el artículo 113 del COT, al juez de garantía que haya intervenido en el respectivo procedimiento penal. El problema que surge es que muchas veces los internos son trasladados a establecimientos penales que no se encuentran ubicados dentro del lugar de asiento del Juzgado de garantía competente, lo que afecta el derecho de

³⁴² Ibid, pp. 44-45.

³⁴³ ESPINOZA, OLGA y SALINAS, Alicia, ob. cit., pp. 200-201

³⁴⁴ Ibid, p. 201.

defensa del condenado y la posibilidad que pueda concurrir a eventuales audiencias. Pese a ello existen una serie de normas que le confieren competencia a los jueces de garantía del lugar en que se encuentra el establecimiento penal. Es lo que ocurre con el amparo ante el juez de garantía (art. 95 del CPP) o con el régimen disciplinario (artículo 80 del CP y 87 del RP).

5.2.2 Otros mecanismos de control externos (no jurisdiccionales).

a) Control ejercido por la Fiscalía Judicial de la Corte Suprema.

Un importante rol le cabe a la Fiscalía Judicial de la Corte Suprema en cuanto a la supervisión de los condenados e imputados dentro de los recintos penales.

A los fiscales judiciales les corresponde visitar todos aquellos recintos penitenciarios en que se encuentren reclusos condenados por los tribunales del crimen (antes de la entrada en vigencia de la reforma procesal penal) y aquellos establecimientos en que se encuentran personas enajenadas mentales de acuerdo al antiguo sistema³⁴⁵.

Esto se explica porque hasta antes de las modificaciones introducidas por la Ley 19.665, de 9 de marzo de 2000, el artículo 353 N° 2, establecía que le correspondía especialmente al fiscal judicial de la Corte Suprema “vigilar, en la misma forma expresada, los establecimientos penales, correccionales o de detención de la República, pudiendo hacer las presentaciones correspondientes a las autoridades respectivas, según sea la materia que le haya merecido observaciones, y sin perjuicio de las administraciones especiales que tienen a su cargo algunos de los expresados establecimientos”.

Pese a que este numeral fue derogado por la Ley 19.665, la fiscalía judicial ha entendido que se mantiene vigente con respecto a aquellos internos condenados por los anteriores tribunales del crimen.

³⁴⁵ CENTRO DE DERECHOS HUMANOS UDP, “Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2010”, ob. cit, pp. 125-126. Disponible en: <http://www.derechoshumanos.udp.cl/derechoshumanos/index.php/informe-ddhh-2010>

Es por ello que la Fiscalía Judicial elabora informes de las visitas que realizan a los recintos carcelarios los que son enviados al Ministerio de Justicia y dados a conocer a la opinión pública³⁴⁶.

b) Visitas a los recintos penitenciarios.

Se trata de otro mecanismo que contempla nuestro ordenamiento jurídico para efectos de tutelar los derechos de la población penal³⁴⁷.

Estas visitas, que le corresponden llevar tanto a los jueces penales como a los ministros de los tribunales superiores de justicia, emanan de las facultades conservativas de los órganos jurisdiccionales, que son aquellas atribuciones conferidas a los tribunales de Justicia para velar por la observancia de la Constitución y las leyes así como para prestar una adecuada protección a las garantías individuales.

De acuerdo a lo dispuesto en los artículos 567 al 585 del Código Orgánico de tribunales, las podemos clasificar en visitas semanales, visitas semestrales y visitas extraordinarias.

-Visitas semanales. Conforme a lo dispuesto en el artículo 567 del COT los jueces de garantías tienen la obligación de visitar semanalmente establecimientos penitenciarios en que se encuentren las personas detenidas o presas a fin de indagar si sufren tratos indebidos, se les coarta la libertad de defensa o si se prolonga ilegalmente la tramitación de su proceso.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 571 del COT el juez de garantía les informará a los detenidos y presos que pueden realizar las quejas que tengan acerca del tratamiento que reciben, de los alimentos que se les da y de las dificultades que se les suscitan para sus defensas.

³⁴⁶ Cabe destacar en este sentido el informe elaborado el 01 de junio por la fiscal Judicial Mónica Maldonado y actualmente el informe que elaboraron los fiscales judiciales a partir de las visitas de los recintos penales del país durante el año 2017.

³⁴⁷ AGUILÓ, Pedro y MILOS, Catalina. Ob. cit., p. 129.

Luego de oír cada uno de los reclamos que se les hiciere, el juez de garantía adoptará las medidas que crea convenientes para subsanar las faltas que se le hicieren presente.

A su vez, si el preso o su representante considerasen que la medida adoptada es ineficaz, van a poder proponer otra y si es desechada por el juez, van a poder apelar de la resolución.

Además, tal como lo establece el artículo 572, el juez de garantía deberá reconocer el estado de aseo y seguridad de los calabozos, oyendo las observaciones que realice a este respecto el jefe del establecimiento.

De todo lo anterior, el juez de garantía que realice la visita al recinto penitenciario deberá levantar un acta en la que se contenga una exposición minuciosa tanto de los reclamos que se le hubieran realizado como de las observaciones que hubiere hecho (art. 574 del COT).

Una copia de esta acta se enviará el mismo día a la Corte de Apelaciones respectiva, la que deberá ser examinada por este Tribunal inmediatamente de ser recepcionada.

Si en el acta se consigna alguna resolución del juez que hubiese sido apelada, se mandará a traer los autos en relación, y le dará lugar en la primera tabla que se forme. En este caso, con la audiencia verbal de las partes que concurran y sin otro trámite, fallará la Corte el recurso pendiente (art. 575 COT).

-Visitas semestrales. En aquellas ciudades en que existan cárceles o establecimientos penitenciarios se realizarán a lo menos una visita el primer semestre y otra el segundo semestre para efectos de tomar conocimiento del estado de seguridad, orden e higiene en que se encuentran, cerciorarse si los internos cumplen sus condenas y de oír sus reclamaciones (art. 578 del COT).

Estas visitas las realizará una comisión integrada, en las comunas asiento de Corte de apelaciones, por un ministro de la misma, por un juez del tribunal de juicio oral en lo penal y por un juez de garantía.

A su vez, en aquellas comunas que no sean asiento de corte de Apelaciones, la visita se realizará por un juez de garantía y un funcionario del juzgado que el juez designe como secretario de la visita (art. 580 del COT).

Cabe señalar que estas visitas se practicarán sin previo aviso y en las fechas y horas que determine el presidente de la visita, por sí o a petición de cualquiera de sus miembros (art. 579 del COT).

-Visitas extraordinarias. Son aquellas que lleva a cabo el presidente de la Corte Suprema y un ministro designado por él (de la Corte Suprema o de la corte de Apelaciones respectiva) cuando así lo estimara pertinente el primero (art. 581 del COT).

El objetivo de estas visitas son las que establece el artículo 578 (ya reseñado) y el 582 del COT, disposición que señala que la visita inspeccionará los diferentes departamentos del establecimiento penitenciario, se informará del trato y alimentación que reciben los reclusos, de si se cumple el reglamento y se les informará además a la población penal que podrán hacer las reclamaciones que estimen pertinentes.

Si en estas visitas se notaren abusos o defectos que se puedan corregir, el presidente de la Corte Suprema, dentro de sus atribuciones, dará las órdenes del caso (art. 583 del COT)

c) Programa de defensa penitenciaria.

El año 2008 la Defensoría Penal Pública implementó un plan piloto en la IV Región que tenía por objetivo primordial brindar una defensa especializada a los condenados privados de libertad en aquellos asuntos que se pudieran suscitar durante la fase de ejecución penal, de tal forma de asegurar el respeto de las

garantías constitucionales y el acceso a la justicia de grupos sujetos a condición de vulnerabilidad³⁴⁸.

Dentro de las prestaciones que contempló este programa de defensa penitenciaria se debe mencionar lo siguiente³⁴⁹:

- a) Difusión de los derechos de los condenados. Comprendía no sólo la notificación de la condena sino que también la difusión masiva a la población penal de los derechos que se le reconocen durante la fase de ejecución penal.
- b) Control de ejecución de la pena. Con ello se perseguía evitar que se afectaran más derechos de los establecidos por el legislador y los señalados en la sentencia condenatoria.
- c) Prestaciones administrativas de carácter no contencioso. Contemplaba la asesoría de los internos y sus familiares en materia de traslados, permisos de salida, libertad condicional y visitas.
- d) Prestaciones administrativas de carácter contencioso. Interposición de recursos de petición y jerárquico.
- e) Prestaciones de carácter judicial. Representación de los internos ante el Juzgado de Garantía y Tribunales Superiores de Justicia en caso de vulneración de derechos fundamentales de los internos.

El programa actualmente se ha expandido a otras regiones del país como las de Arica y Parinacota, Tarapacá, Valparaíso, Región Metropolitana y Biobío³⁵⁰.

II. FORMA EN QUE SE CONCIBE LA RELACIÓN JURÍDICA PENITENCIARIA EN CHILE.

En base a las características antes expuestas, podemos sostener que, en nuestro actual ordenamiento jurídico, coexisten en la relación jurídica penitenciaria algunos resabios de la teoría clásica de las relaciones especiales de sujeción con

³⁴⁸ CENTRO DE DERECHOS HUMANOS, "Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2010...", ob. cit., p. 134; CENTRO DE DERECHOS HUMANOS UDP, "Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2015", ob. cit., p. 174.

³⁴⁹ Ibid, p, 135

³⁵⁰ http://www.dpp.cl/pag/81/396/lugares_de_atencion

otros rasgos y características propias de la concepción moderna de la relación jurídica penitenciaria que buscan hacerla compatible con los principios que imperan en un Estado de Derecho.

Es por esta razón que discrepamos de la tesis sostenida por el profesor KENDALL GRAIG, en cuanto a la naturaleza del derecho penitenciario chileno. Para este autor es posible “[...] afirmar con toda propiedad que en Chile la relación jurídica penitenciaria es concebida como una relación especial de sujeción en su sentido clásico o decimonónico”³⁵¹.

No compartimos la conclusión a la cual arriba este autor por las siguientes razones:

En primer lugar y, más allá de que coincidimos con la doctrina que postula que es su principal objeto de estudio, no es posible reducir el derecho penitenciario a la sola relación jurídica penitenciaria. El derecho penitenciario regula otras materias tales como los órganos administrativos que intervienen en la fase de ejecución penal, los establecimientos penitenciarios, el régimen penitenciario, el régimen disciplinario, el tratamiento penitenciario y el control jurisdiccional de la actividad penitenciaria.

En segundo lugar, no por el hecho que se considere que la actividad penitenciaria en nuestro ordenamiento jurídico se encuentra estructurada como “algo estrictamente administrativo”³⁵², es dable concluir que por tal razón la relación jurídica penitenciaria debe ser entendida como una relación de sujeción especial en su sentido clásico.

Si en algo coincide, tanto la doctrina penitenciaria como administrativista moderna, es que la teoría clásica no se sostiene dentro de la lógica estructural de un Estado de Derecho³⁵³.

Incluso más, aquellos autores que todavía adhieren a la categoría de la relación especial de sujeción intentan reformularla a partir de los principios que rigen

³⁵¹ KENDALL GRAIG, ob. cit., P. 36.

³⁵² Ibid, p. 46

³⁵³ TELLEZ AGUILERA, Abel, ob. cit., p. 33; PEREZ CEPEDA, Ana Lección 6. De los derechos y deberes de los internos. La relación jurídico-penitenciaria. . En: BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio y ZUÑIGA RODRIGUEZ, Laura (coords.), ob. cit., pp. 142-145; RODRIGUEZ ALONSO, Antonio, ob. cit., p. 42; Curso de derecho penitenciario, 2005. Por TAMARIT SUMALLA Josep-maría “et al”., ob. cit., p77.

el Estado de Derecho, descartando toda posibilidad de que siga concibiendo desde la perspectiva clásica³⁵⁴.

En definitiva, hoy en día, la teoría clásica de las relaciones especiales de sujeción se encuentra en un completo abandono desde que se introdujo el lenguaje del derecho en la fase de ejecución penal.

En tercer lugar, para concluir que la relación jurídica penitenciaria en Chile se concibe desde la óptica clásica, deben verificarse cada uno de sus rasgos distintivos y consecuencias que le confieren tal naturaleza³⁵⁵: a) Que la administración penitenciaria actué fuera de los márgenes del Derecho o a lo menos que se relativice el principio de legalidad o de reserva legal en la fase de ejecución; b) Que la actividad penitenciaria se desarrolle sin posibilidad de control judicial; c) Que prime una concepción patrimonialista o cosificadora de los internos, esto es, que se los conciba más como objeto de deberes y obligaciones que como sujetos de derechos, d) Que no se le reconozcan derechos fundamentales a los internos;

Pues bien, en el análisis normativo que lleva a cabo KENDALL GRAIG, no se logra acreditar que concurren cada uno de estos elementos que permiten configurar la teoría clásica de la relación de sujeción especial.

En el estudio que realiza de la relación jurídica penitenciaria destaca, como características de ella, que se trata de una relación de derecho público, que son parte de ellas el Estado y el interno, que dentro de esta relación sólo se restringen o limitan aquellos derechos afectados por la sentencia judicial y, que el Estado asume, respecto al interno, el deber de cuidado y protección (posición de garante)³⁵⁶.

En ninguna de las características mencionadas anteriormente de nuestro ordenamiento jurídico penitenciario se pueden encontrar los elementos distintivos de la concepción clásica de las relaciones especiales de sujeción especial.

³⁵⁴ Es así que para Mariano LOPEZ BENITEZ “la relación jurídico-penitenciaria, constituye, ciertamente una relación especial de sujeción y ésta es, a nuestro juicio la manera más apropiada de acercarse a ella; ahora bien, la relación especial de sujeción tampoco puede ser entendida ya en sus claves originarias, porque necesariamente se ha ido incrustando también en el Estado de Derecho y en sus particulares exigencias”. En “La relación de especial sujeción...”, ob. cit., pp. 1-2.

³⁵⁵ CORBELLA DUCH, Josep, ob. cit., p. 112; GARCÍA MACHO, Ricardo, ob. cit. pp. 45-49;

³⁵⁶ KENDALL GRAIG, Stephen, . OB. CIT., pp. 34-35.

Sólo una vez que KENDALL asume la tesis que en Chile la relación jurídica penitenciaria es concebida como una relación de sujeción especial comienza a esgrimir algunas razones que permiten sustentar esa conclusión (carácter reglamentario de la normativa penitenciaria; ausencia de mecanismos especiales de control judicial de la actividad penitenciaria; ausencia de una norma de rango constitucional que diga relación con el vínculo jurídico que se produce entre la Administración Penitenciaria y la población Penal; que la ejecución de la pena está encomendada a una institución de carácter militarizado)³⁵⁷.

Esta contradicción en la forma en que el autor estudia la naturaleza jurídica del derecho penitenciario chileno sólo se explica porque no es posible, a nuestro entender, encasillar de manera absoluta la relación que se produce entre Gendarmería y la Población Penal dentro de la concepción clásica o moderna de la relación jurídica penitenciaria.

En nuestro ordenamiento de ejecución penal, tal como se planteó y se verá a continuación, todavía es posible apreciar cómo cohabitan algunos elementos y consecuencias de la concepción clásica con otros que responden más bien a la concepción moderna de la relación jurídica penitenciaria.

a) Normativa penitenciaria.

Sin duda este es uno de los rasgos que más acercan a la relación jurídica penitenciaria nacional a la concepción clásica de las relaciones de sujeción especial³⁵⁸. Como ya hemos tenido ocasión de revisar, las principales materias de la ejecución de las penas privativas de libertad se encuentran reguladas por vía reglamentaria. Es por ello que se hace imperiosa la dictación de una ley de ejecución penal puesto que con esta normativa de rango reglamentaria se está pasando a llevar el mandato constitucional de regular la limitación de derechos fundamentales por ley (art. 19, N° 26, CPR) y el principio de legalidad de las penas (artículo 19, N° 3 de la CPR).

³⁵⁷ Ibdí, p.p. 36-41.

³⁵⁸ ARRIAGADA GAJEWSKI, Isabel y SILVA OLIVARES, Guillermo, ob. cit., p. 112; KENDALL GRAIG, ob. cit., p, 36.

Pese a lo anterior, cabe recalcar que el propio reglamento se encarga de señalar que la actividad penitenciaria, así como el régimen de los internos, se sujetará también a lo establecido en la Constitución, en los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, en las leyes, sentencias y reglamentos relativos a materias penitenciarias (artículo 4 y 25 del RP).

Esta ampliación de las fuentes normativas que regulan la fase de ejecución penal, tal como propondremos más adelante, debe ser utilizada por los tribunales de Justicia para asegurar la tutela judicial efectiva de los derechos de los internos.

b) *Status* jurídico de los internos.

Nuestro Reglamento Penitenciario reconoce a la población penal la condición jurídica de ciudadano libre³⁵⁹. Se dispone que fuera de los derechos perdidos o limitados, los internos se encuentran en una condición jurídica idéntica a la de los ciudadanos libres (art. 2 del RP). La Administración Penitenciaria debe procurar la realización efectiva de los derechos humanos de los internos compatibles con su privación de libertad (art. 5, inciso segundo, del RP). Se dispone, posteriormente, que la Administración Penitenciaria deberá velar por la vida, integridad y salud de los internos y permitirá el ejercicio de los derechos compatibles con su situación procesal (artículo 6, inciso segundo). Todo lo anterior debe ser concordado con los derechos y garantías que se les reconocen a las personas tanto en la CPR como en los Tratados internacionales sobre derechos humanos que se encuentren ratificados y vigentes en el país.

En definitiva, desde un plano netamente normativo, nuestro ordenamiento jurídico está lejos de las perspectivas cosificadoras y patrimonialistas que derivan de la concepción clásica de las relaciones especiales de sujeción.

³⁵⁹ UNIDAD DE DEFENSA PENITENCIARIA, “la doctrina de las relaciones de sujeción especial...”, ob. cit, p.9 ARRIAGADA GAJEWSKI, Isabel y SILVA OLIVARES, Guillermo, ob. cit., p. 112.

c) Control judicial de la ejecución penal.

Hoy en día ya no es posible sostener, tal como se esgrimía desde la vereda de la teoría clásica de la relación de sujeción especial, que la intervención jurisdiccional termina una vez que el interno ingresa al establecimiento penal.

Como ya tuvimos ocasión de revisar, las actuaciones que realice la administración Penitenciaria van a poder ser objeto de control judicial en base a lo dispuesto en el artículo 38, inciso segundo, y artículo 76, inciso primero de la CPR; artículo 54 de la Ley 19880; art. 14, letra f) del COT; art. 10 y 466 del CPP.

Estas últimas normas le confieren competencia al juez de garantía para que conozca y falle los contenciosos administrativos que se produzcan entre la población penal y la Administración Penitenciaria³⁶⁰.

A falta de una judicatura especializada a estos órganos jurisdiccionales le corresponde asumir la tarea de jueces de ejecución penal. Sin embargo, el legislador no se encargó de regular el ámbito de sus competencias ni los procedimientos que deben aplicar para conocer estos conflictos que se promuevan durante la fase de ejecución penal.

Es por estas razones que se ha tendido a utilizar, como procedimiento contencioso administrativo general, las acciones constitucionales de amparo y protección³⁶¹.

d) La relación jurídica penitenciaria es concebida como una relación de derecho público (artículo 2 del RP).

Al establecerse que la relación que surge entre los internos y el Estado es una relación de derecho público lo que se está queriendo decir es que no es una actividad que queda al margen del Derecho, tal como se postulaba desde la concepción clásica de las relaciones especiales de sujeción, sino que se rige por normas jurídicas.

³⁶⁰ Ibid, p. 125; CORDERO QUINZACARA, Eduardo, "El control jurisdiccional de la actividad de la administración penitenciaria", ob. cit., p. 36.

³⁶¹ ARRIAGADA, Isabel y SILVA, Guillermo, ob. cit., p. 124.

Dentro de estas normas cobra especial relevancia algunos principios que emanan del derecho constitucional como son los de legalidad y supremacía constitucional³⁶².

En el ámbito del derecho administrativo estos principios implican que los órganos de la administración deben actuar conforme a lo que indica el ordenamiento jurídico, esto es, actuar con sujeción a lo que indica la Constitución y el resto de nuestra pirámide normativa (bloque de juridicidad)³⁶³.

Desde un punto de vista positivo estos principios se encuentran consagrados en los artículos 6 y 7 de la CPR y en el artículo 2 de la LBGAE.

e) Posición de garante del Estado.

De acuerdo a los estándares interamericanos del sistema de protección de los derechos humanos, debido a la condición de vulnerabilidad en que se encuentra la población penal dentro de los recintos carcelarios, al Estado le corresponde asegurarle su protección a tal punto de convertirse en garante³⁶⁴.

Con ello se da un matiz positivo a las relaciones de sujeción especial de tal forma que los Estados pasan a tener un deber más intenso de protección respecto a ciertos grupos vulnerables como son las personas privadas de libertad³⁶⁵.

Las autoridades penitenciarias, por lo tanto, son responsables de lo que ocurra dentro de los establecimientos penitenciarios y deben rendir cuenta e informar a la comunidad de las decisiones que adopten.

En base a lo expuesto, no cabe sino concluir que, si bien nuestro sistema de ejecución penal sigue teniendo una serie de falencias que hacen imperiosa la dictación de una ley de ejecución penal y la instauración de una judicatura

³⁶² BERMUDEZ SOTO, Jorge, ob. cit., p. 36.

³⁶³ Ibid, pp. 95-96

³⁶⁴ UNIDAD DE DEFENSA PENITENCIARIA, "La doctrina de las relaciones de sujeción especial...", ob. cit., p.6

³⁶⁵ CORDERO QUINZACARA, Eduardo, "El control jurisdiccional de la actividad de la administración penitenciaria...", ob. cit., p. 25.

especializada³⁶⁶, no por ello se debe sostener que la relación jurídica penitenciaria se sigue concibiendo en nuestro país de acuerdo a los postulados de la teoría clásica de la relación de sujeción especial.

Desde un plano normativo, hay una serie de elementos y características de nuestro ordenamiento jurídico penitenciario que se condicen y explican mejor con la concepción moderna de la relación jurídica penitenciaria.

En esta situación pendular en que se encuentra la relación jurídica penitenciaria en Chile, le corresponderá a los Tribunales de justicia, a través del control externo de la ejecución penal, inclinar la balanza a una concepción moderna de la relación penitenciaria que sea plenamente compatible con los principios que derivan de un Estado de Derecho. En otras palabras, del rol que cumplan en materia penitenciaria, dependerá si el Estado de Derecho termina en las puertas de la prisión o bien permea en cada uno de los ámbitos de la actividad penitenciaria.

A continuación plantearemos una serie de mecanismos que, dentro de nuestro sistema actual, pueden servir para que nuestros tribunales afiancen la tutela de los derechos fundamentales de los internos.

³⁶⁶ CENTRO DE DERECHOS HUMANOS UDP, "Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2015...", ob. cit., pp. 168 y ss; ARRIAGADA, Isabel y SILVA, Guillermo, ob. cit., p. 104; SEPULVEDA, Eduardo, ob. cit., pp.127-128.

CAPÍTULO V. MECANISMOS Y VÍAS PARA GARANTIZAR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS INTERNOS EN LA RELACIÓN JURÍDICA PENITENCIARIA.

A continuación plantearemos una serie de fenómenos, mecanismos y herramientas técnicas que pueden ser utilizadas (o ya han sido utilizadas), principalmente por los agentes de jurisdicción, como vías para garantizar, dentro de nuestro actual ordenamiento jurídico penitenciario, los derechos fundamentales de los internos frente a posibles conflictos que puedan tener con los operadores penitenciarios.

En este sentido, tal como planteamos al final del último capítulo, consideramos que los Tribunales de Justicia deben constituirse en el pilar fundamental del respeto y garantía del Estado de Derecho en los recintos penitenciarios.

A los Ministros de los Tribunales Superiores de Justicia y a los jueces de Garantías les corresponderá asumir con plenitud, en su calidad de tribunales contenciosos administrativos, la tarea de ser los guardianes de los derechos fundamentales de la población penal, teniendo en cuenta que la dignidad humana no se pierde por el hecho que una persona se encuentre privada de libertad debido a una medida cautelar personal o por una sentencia firme y ejecutoriada³⁶⁷.

Los mecanismos y herramientas técnicas que pueden ser utilizadas por los agentes de jurisdicción en materia penitenciaria son las siguientes:

³⁶⁷ IBACETA MEDINA, David. 2008. Protección de la dignidad de los privados de libertad en el bloque de constitucionalidad. Revista de derecho Público N° 70, p. 155; ALARCÓN JAÑA, Pablo. 2002. Constitucionalización de la capacitación judicial: una propuesta pendiente. Revista de Derecho Universidad de Concepción N° 212, p. 398.

1. El fenómeno de la constitucionalización del derecho administrativo. La supremacía constitucional y la fuerza normativa de la Constitución.

En términos generales entenderemos por Constitucionalización del ordenamiento jurídico aquel proceso de transformación de éste al término del cual va a resultar totalmente impregnado por las normas constitucionales porque la Ley Fundamental resulta extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación, la jurisprudencia, la doctrina y el acción de los actores políticos así como las relaciones sociales³⁶⁸.

Este proceso de Constitucionalización del Derecho parte de la base de la aceptación del principio de la supremacía constitucional y de la fuerza normativa de la Constitución.

La supremacía constitucional implica que las normas de la Constitución, así como los tratados internacionales incorporados a su texto en virtud de lo dispuesto en el artículo 5 de la CPR, deben prevalecer por sobre el resto del ordenamiento, lo que incluye al Derecho Administrativo. En otras palabras, la superioridad de la Constitución como norma determina la sumisión del resto del entramado jurídico a sus prescripciones, así como el actuar de los órganos del Estado y de los particulares. Como señala NOGUEIRA ALCALÁ, la supremacía constitucional implica que “todos los poderes estatuidos por la Constitución están sometidos a la misma, desde el poder constituyente derivado o instituido hasta el último funcionario administrativo o judicial”³⁶⁹.

Este principio obliga a que los intérpretes jurídicos y los operadores jurídicos actúen siempre con sujeción a lo que se desprende de los valores, principios y reglas constitucionales³⁷⁰.

³⁶⁸ GUASTINI, Ricardo. 2009. La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano. En: CARBONELL, Miguel (ed). Neocostitucionalismo. Madrid, Trotta-Unam, p. 49.

³⁶⁹ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. 2012. Derecho constitucional chileno. Tomo II. Santiago, Legal Publishing, p. 696.

³⁷⁰ Ibid, p. 695.

Desde un punto normativo, el principio de supremacía constitucional se encuentra plasmado en el artículo 6, inciso primero, de la CPR que establece que “los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella...”³⁷¹.

Por otra parte, la fuerza normativa de la constitución implica que los preceptos constitucionales son normas jurídicas vinculantes y susceptibles de producir efectos jurídicos (no son solo disposiciones programáticas)³⁷².

La fuerza vinculante de la Constitución se encuentra consagrada en el inciso segundo del artículo 6 de la CPR que dispone que “los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo”.

En base a la lectura del precepto anterior se desprende, en primer lugar, que la Constitución es vinculante para todo órgano y agente estatal y para toda persona natural o jurídica que se encuentre en el territorio de la República y sometida a la jurisdicción estatal.

Se desprende, en segundo lugar, que la fuerza normativa de la Constitución incluye tanto las normas sustantivas o materiales (dentro de los cuales cabe destacar aquellas que contienen los derechos fundamentales que se les reconoce a las personas) como las normas orgánicas³⁷³.

En materia penitenciaria el propio Reglamento Penitenciario, en sus artículos 4 y 25, establece que tanto a actividad penitenciaria como el régimen penitenciario, se sujetarán a las garantías y límites establecidos por la Constitución Política de la República.

Revisaremos a continuación la forma en que este proceso de constitucionalización repercute en el Derecho Administrativo:

³⁷¹ BERMUDEZ, Jorge, ob. cit., p. 60; NOGUEIRA, Humberto, ob. Cit., p. 694.

³⁷² GUASTINI, Ricardo, ob. cit. pp. 52 y 53; Carbonell, Miguel y SANCHEZ, Ruben. 2011. ¿Qué es la constitucionalización del derecho?. En *quid iuris* 15: 34-35. [En línea] <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/quid-iuris/article/view/17397/15605>;

³⁷³ NOGUEIRA, Humberto, ob. cit., p. 697.

a) Desarrollo de principios constitucionales administrativos.

Estos principios son una preclara manifestación de la supremacía constitucional y de la fuerza vinculante de los preceptos constitucionales.

Siguiendo el análisis propuesto por el profesor CORDERO VEGA, debemos tener en consideración los siguientes principios³⁷⁴:

a) Principio de legalidad (o juridicidad). De este principio se edifica todo el derecho administrativo y la sujeción de las actuaciones de la Administración al control judicial. Implica, por una parte, que las actuaciones de los órganos estatales deben llevarse a cabo conforme a lo que dispone el ordenamiento jurídico, es decir, que la actividad administrativa debe llevarse conforme a Derecho. Se trata, entonces, de una actividad “típica” puesto que sólo se puede llevar a cabo dentro de los límites que establecen las normas jurídicas. Ahora bien, en esta materia se ha producido una evolución conceptual del derecho público que va desde el sometimiento de la Administración al principio de legalidad (sólo a la ley) al principio de juridicidad que implica su subordinación a toda la pirámide normativa³⁷⁵. Lo anterior estaría consagrado en el inciso primero del artículo 6 de la CPR y en el artículo 2 de la LOCBGAE. Por otra parte, este principio implica también que la Administración sólo puede desplegar su actividad previa habilitación o apoderamiento para actuar. Sin previa habilitación no se puede actuar³⁷⁶.

b) Principio de Tutela Judicial. Uno de los ámbitos en que se ha manifestado la constitucionalización del derecho administrativo chileno es la concepción del control jurisdiccional de las potestades administrativas³⁷⁷. Con este principio se establece que a los tribunales de justicia le va corresponder velar por el sometimiento de la Administración al sistema normativo. En la Constitución se consagra desde el punto de vista de una vertiente objetiva y subjetiva³⁷⁸:

³⁷⁴ CORDERO VEGA, Luis, ob. cit., pp. 76 y ss.

³⁷⁵ BERMUDEZ, Jorge, ob. cit., pp. 95-96; CORDERO, Luis, ob. cit., p. 77..

³⁷⁶ BERMUDEZ, Jorge, ob. cit., p. 90.

³⁷⁷ FERRADA, Juan Carlos. 2003. La progresiva constitucionalización del poder público administrativo chileno: un análisis jurisprudencial. En: UNIVERSIDAD AUSTRAL. La Constitucionalización del derecho chileno. Santiago, Editorial Jurídica, p. 86.

³⁷⁸ CORDERO, Luis, ob. cit., p. 98.

- a. *Vertiente objetiva* (artículo 38 y 76 de la CPR). Se traduce en la competencia residual de los tribunales ordinarios de justicia para conocer de los asuntos contenciosos-administrativos en que se produzca un conflicto de relevancia jurídica entre la Administración y un administrado en que no exista un tribunal especial con competencia para conocer de la materia³⁷⁹. En otras palabras, a falta de una judicatura contenciosa especializada, le corresponderá al juez de instancia material conocer, dentro de la esfera de su competencia, del contencioso administrativo que se produzca entre la Administración y un particular³⁸⁰. En la fase de ejecución penal, tal como se ha planteado a lo largo de esta tesis, esta función le corresponderá asumirla de pleno a los jueces de garantía. En base a este principio ya no es posible sostener el desasimiento de los tribunales de justicia en la fase de ejecución penal.
- b. *Vertiente subjetiva* (artículos 19, N° 3 y 38 de la CPR). Implica el deber constitucionalizado de brindar tutela judicial efectiva a los particulares frente a ciertas actuaciones, jurídicas o materiales, de la Administración que le puedan ocasionar la lesión a alguno de sus derechos e intereses. De esta vertiente deriva la existencia de acciones contenciosas administrativas genéricas que permitan atacar los actos administrativos y con ello obtener su invalidación (contencioso de nulidad), medidas de protección (contencioso cautelar) o la reparación (contencioso de plena jurisdicción)³⁸¹. Como ya tuvimos ocasión de analizar, en este fenómeno de constitucionalización de nuestro derecho administrativo le cabe un rol primordial al recurso de protección que ha sido utilizado como un mecanismo ordinario de control contencioso administrativo. Como destaca FERRADA la trascendencia de este recurso en la constitucionalización del derecho consiste en que ha

³⁷⁹ FERRADA, Juan Carlos., ob cit., p. 89; CONTRERAS VASQUEZ, Pablo y GARCÍA PINO, Gonzalo. 2013. El derecho a la tutela judicial y al debido proceso del Tribunal Constitucional chileno. Estudios Constitucionales N° 2, p. 247.

³⁸⁰ CORDERO, Luis, ob. cit., p. 98.

³⁸¹ Ibid, p. 98.

hecho “[...] derecho vivo las disposiciones constitucionales y, en este sentido, constitucionalizar todas las áreas del derecho y ponerlas en conexión con los derechos fundamentales que la Carta Fundamental asegura”³⁸². En el derecho administrativo esta acción constitucional se ha transformado en el mecanismo más idóneo para amparar a los administrados frente a las acciones u omisiones arbitrarias e ilegales que lesionan algunos de sus derechos fundamentales contemplados en el artículo 20 de la CPR. En materia penitenciaria este recurso, sin embargo y, por las razones ya mencionadas, no ha tenido la debida trascendencia como mecanismo contencioso general para garantizar los derechos fundamentales de la población penal frente a las actuaciones materiales o jurídicas de la Administración Penitenciaria. En los recursos analizados en el anexo de esta tesis los Tribunales Superiores de Justicia, posiblemente fundados en la presunción de legalidad de los actos administrativos, suelen fallar en conformidad a lo que se establece en los informes presentados por la Autoridad Administrativa sin contrastar la veracidad de dichas afirmaciones ni asumir a cabalidad las atribuciones conservativas de las que emana esta acción constitucional (como podría ser decretar las diligencias que estime necesarias para el mejor acierto del fallo). La posición de garante en que se encuentran los Tribunales Superiores de Justicia exige que al conocer este tipo de recursos desplieguen toda aquella actividad que se requiera para asegurar la protección de los derechos fundamentales de la población penal.

c) Principio de Tutela de los Derechos fundamentales. Los derechos fundamentales han incidido en el derecho administrativo en la superación de la teoría de las formas. Esto significa que los derechos fundamentales devienen en una verdadera cortapisa a las actuaciones de la Administración así como en ciertos casos se traducen en una obligación de hacer de los

³⁸² Ob cit., p. 87.

entes administrativos³⁸³. Más adelante volveremos a referirnos a la incidencia de los derechos fundamentales en el ejercicio de las potestades administrativas.

d) Principio de servicialidad. Este principio significa que el Estado está al servicio de las personas y que su finalidad es promover en bien común. Lo anterior se desprende del inciso cuarto del artículo 1 de la CPR que establece que establece que “El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”. Esta norma establece que el Estado está al servicio de la persona humana y, por lo tanto, debe orientar toda su actividad a respetar, promover y garantizar la dignidad y derechos fundamentales de cada una de las personas que se encuentren dentro del territorio de la Republica y contribuir, al mismo tiempo, al bien común³⁸⁴. Este principio debe servir de base y fundamentación a todas las actuaciones que realicen los órganos y servicios de la Administración, dentro de los cuales cabe incluir a los operadores penitenciarios, lo que deberá ser objeto de control por parte de nuestros tribunales de justicia. Así por lo demás se consideró en un fallo de la Corte de Apelaciones de Concepción del 18 de marzo de 2015, ROL N° 51-2015, al señalar en su considerando tercero que “El Estado, entonces, se ha impuesto un deber especial de custodia sobre las personas privadas de libertad, atendido su evidente estado de desprotección obligándose constitucional, legal y reglamentariamente a proteger sus derechos fundamentales siéndole por lo demás imposible proceder de otro modo, ya que “está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común”, según lo ordena el artículo 1 inciso cuarto de la Constitución Política de la República”³⁸⁵.

³⁸³ CORDERO, Luis, ob. cit., p. 104.

³⁸⁴ NOGUEIRA, Humberto, ob. Cit., p. 576.

³⁸⁵ Revisión de la sentencia se encuentra en el anexo.

e) Principio de publicidad. De acuerdo a CORDERO VEGA este principio implica, por un parte, que la Administración debe exponer los fundamentos de sus actuaciones y, por otra, que debe existir acceso a la información para efectos de permitir el escrutinio público de las actividades desplegadas por los órganos administrativos.

b) Eficacia directa normativa de la Constitución (se desprende de lo dispuesto en los artículos 5, 6 y 7 de la CPR)³⁸⁶.

Los operadores jurídicos y, en particular los jueces, pueden aplicar los preceptos constitucionales.

Tradicionalmente se sostenía que la Constitución no era aplicable directamente por el juez en un conflicto jurídico que promovía un particular en contra de otro particular. Se sostenía que los jueces sólo debían aplicar la ley y que la Constitución sólo producía efectos en la vida social una vez que se concretizaba con algunas leyes. Hoy en día, en cambio, se sostiene que la función de la Constitución es moldear todas las relaciones sociales y por lo mismo es que el juez puede aplicar los preceptos constitucionales con ocasión de cualquier controversia.

De esta forma, la constitución va poder ser aplicada por el juez en la medida en que la controversia no se pueda resolver en base a la ley, ya sea porque hay una laguna legal o porque la solución que emana de la ley resulta injusta.

Las principales consecuencias que emanan de la eficacia normativa directa de la Constitución son las siguientes³⁸⁷:

- a) Para que se aplique la normativa infraconstitucional debe estar en consonancia a lo que disponga nuestra carta fundamental. En caso contrario se preferirá la aplicación de la norma superior en rango.
- b) La normativa constitucional se puede aplicar para la resolución de un litigio dejando incluso sin aplicar lo dispuesto en una ley o en un reglamento.

³⁸⁶ GUASTINI, Ricardo, ob. cit. pp. 55-56 Carbonell, Miguel y SANCHEZ, Ruben, ob. cit., p. 37.

³⁸⁷ BERMUDEZ, Jorge, ob. cit., pp. 60-61.

Debido a la tan cuestionada legitimidad de nuestra normativa penitenciaria, que queda en buena parte confiada a la potestad reglamentaria de la Administración, esta manifestación de la constitucionalización del derecho administrativo puede servir para que los agentes de la jurisdicción funden las resoluciones de los contenciosos administrativos penitenciarios, más en las normas constitucionales que en los preceptos emanados de una normativa de rango inferior. En especial en aquellas materias que tengan que ver con la limitación de los derechos fundamentales de los internos.

c) Interpretación de los preceptos constitucionales y legales.

En esta materia se debe considerar tanto la Sobreinterpretación constitucional como la interpretación conforme a la constitución:

- a) **Sobreinterpretación constitucional**³⁸⁸. Esto implica que se debe superar la interpretación literal del texto constitucional (que genera espacio de discrecionalidad legislativa) y dar una interpretación extensiva de la carta fundamental de tal forma que se puedan extraer una serie de normas implícitas que permitan regular todos los ámbitos de la vida social y política. Cuando la constitución es sobreinterpretada no quedan espacios vacíos o libres de derecho constitucional, lo que implica que toda decisión legislativa está prerregulada por una u otra norma constitucional, por lo que no existe ley que pueda escapar al control de legitimidad constitucional.
- b) **Interpretación conforme a la Constitución.** Significa que la ley debe siempre interpretarse, dentro de sus posibles significados, de la forma en que resulte más adecuada a la Constitución. En otras palabras, de existir dos o más vías de interpretación se deberá preferir siempre aquella que se adecue mejor al precepto constitucional sobre que aquella que pueda implicar una contradicción entre la Ley y la Constitución.

³⁸⁸ GUASTINI, Ricardo, ob. cit. pp. 53-55 Carbonell, Miguel y SANCHEZ, Ruben, ob. cit., pp. 35-37.

d) La aplicación de los derechos fundamentales como límite a las potestades administrativas³⁸⁹.

En el proceso de constitucionalización de las potestades administrativas, los derechos fundamentales de los administrados no sólo sirven para impedir el ejercicio abusivo o contrario a derecho de la actividad administrativa sino que también para exigirle a los órganos de la Administración su actuación cuando la inactividad estatal provoca una privación, perturbación o amenaza de los mismos derechos.

En el ámbito administrativo los derechos fundamentales se han utilizado de la siguiente manera:

- a) **Para reclamar la interdicción a la arbitrariedad de la actividad administrativa.** A partir de la garantía constitucional de la igualdad ante la ley de la prohibición para el legislador y para cualquier otra autoridad de establecer diferencias arbitrarias, consagrada en el artículo 19 N° 2 de la CPR, se ha elaborado la prohibición de la arbitrariedad administrativa. Es por ello que surge la obligación para la autoridad administrativa de fundamentar sus decisiones para que se descarte la mera arbitrariedad como móvil de su actuación. Se entiende que lo no motivado es por ese solo hecho arbitrario. Frente a una decisión que no se encuentre fundamentada surge la posibilidad de acudir ante los tribunales de Justicia por implicar una vulneración al derecho constitucional de igualdad ante la ley.
- b) **Para reclamar la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos (configuración del debido proceso administrativo).** Se ha sostenido que las reglas del debido proceso racional y justo que establece el artículo 19 N° 3 N° 5 de la CPR y el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos son plenamente aplicables en los procedimientos administrativos³⁹⁰.

³⁸⁹ FERRADA, Juan Carlos., ob cit., pp. 73-86

³⁹⁰ El precepto constitucional establece que “toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”. Por su parte el

Al tener reconocimiento constitucional y en normas internacionales de rango constitucional, se entiende que el debido proceso se aplicaría no sólo en los procesos judiciales sino también en los procedimientos administrativos en que las actuaciones de la Administración puedan vulnerar los derechos fundamentales que se le reconocen a los administrados³⁹¹. Para sostener lo anterior se debe tener en consideración, en primer lugar, la historia fidedigna de nuestra carta Fundamental. En las actas de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución se señala que el principio de debido proceso se aplica a todo órgano que dicte una resolución, dentro de los cuales se debe incluir a

artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) establece las siguientes garantías judiciales:

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;

c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

³⁹¹ ALBORNOZ GABILÁN, José. 2011. El debido proceso administrativo y su reconocimiento en los procedimientos disciplinarios de los órganos de la Administración del Estado regidos por la Ley 28.834 sobre estatuto administrativo. Tesis para optar al Grado de Magister en derecho. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Escuela de Graduados, p. 23.

las autoridades administrativas³⁹². En segundo lugar, el Tribunal Constitucional ha realizado una interpretación extensiva del término “jurisdicción” empleado por el inciso quinto del artículo 19 N° 5 de la CPR, entendiendo que puede ser ejercida por cualquier órgano, sin importar su naturaleza, que deba conocer y resolver un conflicto de relevancia jurídica³⁹³. En tercer lugar, desde el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos se ha fallado que los procedimientos administrativos quedan sujetos a las reglas del debido proceso, en especial las que emanan del artículo 8 N° 1 de la CADH, con la única salvedad que no es necesario que órgano administrativo cumpla con la garantía de la independencia³⁹⁴. En cuanto a las garantías del debido proceso que son procedentes en el derecho administrativo, en particular en los procedimientos sancionatorios y disciplinarios, cabe mencionar las siguientes³⁹⁵: a) La existencia de un procedimiento administrativo previo; b) El derecho a un órgano competente imparcial y responsable; c) El conocimiento oportuno de la acción o acusación; d) La existencia de un debido emplazamiento; e) Los medios y tiempos adecuados para preparar la defensa; f) Bilateralidad de la audiencia; g) Derecho a defensa jurídica; h) Presunción de inocencia; i) Posibilidad de aportación de prueba; j) Derecho a una decisión fundada; h) Derecho a impugnar lo resuelto.

c) Para reclamar la vulneración de derechos adquiridos. Otro mecanismo utilizado para limitar la potestad administrativa es la garantía constitucional sobre bienes corporales e incorporales consagrada en el artículo 18 N° 24 de la CPR. Cualquier derecho, independientemente de su patrimonialidad, podría ser protegido a través del recurso de protección. Estos derechos pueden emanar de la dictación de un acto administrativo, de una resolución

³⁹² OSORIO VARGAS, Cristóbal. 2016. Manual de procedimiento administrativo sancionador. Parte General. Santiago, Legal Publishing, p. 123;

³⁹³ STC N° 747. Sentencia citada por UNIDAD DE DEFENSA PENITENCIARIA, ob. cit., p. 13,

³⁹⁴ OSORIO VARGAS, Cristóbal., ob. cit., p. 124; AGUILÓ, Pedro y MILOS, catalina, ob. cit., pp. 31-32.

³⁹⁵ CORDERO, Eduardo, “Derecho administrativo sancionador. Bases y principios en el derecho chileno”, ob. cit, pp. 271 y ss.; OSORIO VARGAS, Cristóbal., ob. cit., p. 130; AGUILÓ, Pedro y MILOS, catalina, ob. cit., p. 33.

administrativa, de un contrato celebrado en la Administración y un particular o incluso de una situación de mera tolerancia de la propia Administración del Estado³⁹⁶.

2. La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por parte de los Tribunales de Justicia. Las herramientas del bloque de constitucionalidad y el control de convencionalidad.

Actualmente tiende a primar la postura doctrinal que entiende que entre los sistemas de protección constitucional e internacional de los derechos humanos más que una relación de subsidiaridad existe una relación de complementariedad³⁹⁷.

Esto implica que la normativa internacional sobre derechos humanos viene a integrar y enriquecer el catálogo de derechos fundamentales reconocidos por la Constitución.

El rol del sistema de la protección internacional no sólo se reduce a suplir los vacíos de la normativa interna sino que también se transforma en una fuente directa de resguardo de los derechos humanos, lo que implica que van a poder acudir a ella tanto los operadores jurídicos como los agentes de jurisdicción.

De esta forma se puede concluir que los derechos fundamentales son derechos de doble fuente, puesto que se encuentran asegurados tanto por el texto constitucional como por la normativa internacional³⁹⁸.

El sustento normativo de la postura anterior se encuentra en lo dispuesto en el artículo 5, inciso segundo de la CPR, que tras la reforma sufrida en el año 1989 amplía la base normativa en materia de derechos humanos al establecer que “el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así

³⁹⁶ FERRADA, Juan Carlos., ob cit. p. 82.

³⁹⁷ NASH ROJAS, Claudio. 2012. Derecho internacional de los derechos humanos en Chile. Recepción y aplicación en el ámbito interno. Santiago, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, p. 14.

³⁹⁸ NOGUEIRA, Humberto, ob. cit., p. 612.

como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes”.

Por lo demás, en materia penitenciaria el propio RP se encarga de establecer, en sus artículos 4 y 25, que tanto la actividad penitenciaria como el régimen penitenciario se sujetará a lo establecido por los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes.

Como mecanismos o herramientas para hacer operativo, en nuestro ordenamiento jurídico y ante los Tribunales de Justicia, el catálogo de derechos humanos contemplados en la normativa internacional, se han planteado la figura del “bloque de constitucionalidad” y “control de convencionalidad” que pasaremos analizar a continuación³⁹⁹.

A. Bloque de Constitucionalidad. Se trata de un mecanismo que permite perfeccionar la protección constitucional de los derechos humanos al incorporar a la Constitución formal la normativa, principios y jurisprudencia internacional sobre la materia⁴⁰⁰.

La configuración del Bloque de Constitucionalidad en Chile se ha llevado a cabo por nuestros Tribunales por dos vías:

a.1 La incorporación directa de los derechos consagrados en la normativa internacional sobre derechos humanos. Se ha utilizado para efectos de incorporar, a nuestro ordenamiento jurídico, catálogos de derechos que no se encuentran expresamente contemplados en la Constitución o reafirmar aquellos que se encuentran consagrados expresamente en nuestra carta fundamental⁴⁰¹.

En la fase de ejecución penal, la normativa internacional general viene a reafirmar el proceso de generalización de los derechos humanos que implica que

³⁹⁹ NASH, Claudio y NUÑEZ, Constanza. 2015. Derechos humanos y juicio penal en Chile. Santiago, Centro de Documentación Defensoría Penal Pública, p.65. Humberto NOGUEIRA, por su parte, entiende por bloque constitucional de derechos fundamentales “(...) el conjunto de derechos de la persona (atributos que integran los derechos y sus garantías) asegurados por fuente constitucional o por fuentes del derecho internacional de los derechos humanos como son el derecho convencional, los principios de ius cogens, como los derechos implícitos, expresamente incorporados a nuestro ordenamiento jurídico por vía de texto constitucional o por vía del artículo 29 literal c) de la CADH”. En “Derechos fundamentales y garantías constitucionales...”, ob. cit., p. 23.

⁴⁰⁰ Idem.

⁴⁰¹ NASH ROJAS, Claudio, ob. cit., p. 46.

estos derechos pertenecen a todos los seres humanos por el sólo hecho de ser tales y, que por lo mismo, también se le aplica a las personas que se encuentran privadas de libertad⁴⁰².

En base a esta normativa se puede concluir que los internos no pierden la dignidad intrínseca a todo ser humano por el hecho de encontrarse privados de libertad o por estar sujeto a una medida cautelar que restrinja la libertad ambulatoria⁴⁰³.

El catálogo de derechos contemplados en los instrumentos de carácter general son aplicables erga omnes, esto es, a todas las personas sin distinción de condición alguna⁴⁰⁴.

La normativa internacional cobra también importancia en el ámbito penitenciario a partir del fenómeno de especificación que implica la elaboración de un catálogo de derechos que sólo van hacer aplicables a ciertos y determinados grupos por su situación de desventaja y vulnerabilidad que se encuentran dentro del tejido social⁴⁰⁵.

Como tuvimos ocasión de revisar en el capítulo anterior, a la población penal ya no sólo se le reconocen los derechos humanos inherentes a cualquier persona, sino que también se les reconoce una serie de derechos específicos relativos a su situación de privación de libertad.

Nuestros Tribunales de Justicia, en base a la herramienta del bloque de constitucionalidad, están facultados para aplicar directamente en la resolución de un conflicto que se genere entre la Administración Penitenciaria y la población penal, la normativa internacional tanto general como específica sobre derechos humanos.

A continuación mencionaremos a modo ejemplar algunas sentencias de nuestros Tribunales de Justicia que han realizado una aplicación directa de la normativa internacional sobre derechos humanos en el ámbito penitenciario⁴⁰⁶:

⁴⁰² SQUELLA, Agustín, ob. cit., p. 214; ARTAZA, Osvaldo y PALACIOS, Marcela, ob. cit., pp. 33-34

⁴⁰³ IBACETA MEDINA, David, ob. cit., p. 161.

⁴⁰⁴ MEDINA JARA, Rodrigo. 2004. Las normas internacionales generales sobre derechos humanos y el desarrollo de los derechos en el ámbito penitenciario. Gaceta Jurídica N° 290, pp. 17-18

⁴⁰⁵ SQUELLA, Agustín, ob. cit., p. 224

⁴⁰⁶ Un análisis más extenso de estos fallos se puede encontrar en el anexo de esta tesis.

-Fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago de 28 de octubre de 2002, ROL N°56.616-2002. En este pronunciamiento se acoge el recurso de amparo interpuesto a favor de un interno del CDP Santiago Sur, por las condiciones de las celdas de castigo, fundándose, entre otras razones, en que la situación de hacinamiento de estas celdas “(...) vulneran también el artículo 5 N° 2 y N° 6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pues el numeral 2 dispone que “Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”; y el numeral 6, por su parte, establece que “las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y readaptación social de los condenados””.

-Fallo de la Corte de Apelaciones de Concepción de trece de diciembre de 2013, ROL N° 174-2013. En esta sentencia al referirse el tribunal de alzada al deber de garante de la seguridad que tiene Gendarmería de Chile, en representación del Estado, con respecto a las personas que se encuentran bajo su custodia, se sostiene que el deber especial de custodia “(...) se encuentra refrendado por los pactos internacionales suscritos por nuestro país y que tienen un rango supralegal en virtud de la norma de integración contenida en el inciso segundo del artículo 5° de nuestra carta fundamental, pudiendo citarse aquí los artículos 7 y 10 N° 1 y 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y artículo 5° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.

-Fallo de la Corte Suprema del 30 de mayo de 2018, ROL N° 10834-2018. Se acoge el recurso de amparo interpuesto por un interno producto de las lesiones sufridas a manos del personal penitenciario, fundándose, entre otras razones, en el artículo 10 N° 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que prescribe que “Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”.

a.2 utilización del Bloque de Constitucionalidad como elemento hermenéutico. La otra vía en que los Tribunales Nacionales han aplicado el bloque de constitucionalidad es a través de la utilización de los estándares internacionales (normativa y jurisprudencia) como elementos hermenéuticos en un caso concreto, ya sea aclarando los alcances de un derecho o confiriéndoles nuevos contenidos⁴⁰⁷.

Es así que la Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia del 09 de abril de 2018, ROL N°359-2018, frente al deber de custodia que tiene el Estado con respecto a los internos señala, en su considerando décimo, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que el Estado “debe asumir su rol garante frente al que está privado de libertad” y desde esa óptica tiene responsabilidad frente a las vulneraciones de que puedan ser objeto los reclusos.

B. Control de convencionalidad. Es aquel mecanismo que permite verificar la conformidad de la normativa interna con los estándares internacionales sobre derechos humanos⁴⁰⁸.

Este control le corresponde principalmente a los operadores de justicia los que al contrastar la normativa internacional con la normativa interna, en caso de existir contrariedad, no deberán aplicar la norma incompatible (otorgándole preferencia a la norma internacional) o realizar un ejercicio hermenéutico que permita ajustar el derecho interno a la normativa internacional⁴⁰⁹.

En el caso específico de los Tribunales nacionales este control de convencionalidad, que tiene su sustento jurídico en los artículos 5 y 6 de la CPR y en el artículo 2 de la CADH, implica verificar que las normas internas no infrinjan lo dispuesto en la normativa internacional sobre derechos humanos.

Para ello se debe partir de la idea de que los derechos fundamentales tienen como fuente la propia Constitución como las normativas convencionales. Pero además implica que los jueces nacionales asuman con propiedad que en su actividad jurisdiccional también son jueces interamericanos en el plano interno,

⁴⁰⁷ NASH ROJAS, Claudio, ob. cit., p. 48.

⁴⁰⁸ NASH, Claudio y NUÑEZ, Constanza, ob. cit., p. 71.

⁴⁰⁹ *Ibidem*, p. 72.

puesto que deben velar por el respeto y aplicación de los derechos asegurados en la normativa internacional, impidiendo que sea vulnerada ya sea por los actos o actuaciones de los agentes del Estado o por el derecho interno⁴¹⁰.

A partir de la sentencia “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, dictada por la CIDH el 26 de septiembre de 2006, no cabe duda que el control de convencionalidad le corresponde ejercerlo a los jueces y tribunales nacionales. En este fallo La Corte sostiene que “(...) cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de las leyes contrarias a su objeto y fin (...) En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”⁴¹¹.

El primer efecto del control de convencionalidad que le corresponde realizar a los Tribunales de Justicia es que si se determina que una norma jurídica interna, ya sea una ley, decreto o reglamento, es “inconvencional”, esto es, que colisiona con la normativa internacional, surge el deber de no aplicarla para la resolución del caso en concreto y fallar en conformidad a lo dispuesto por los estándares internacionales⁴¹².

El segundo efecto del control de convencionalidad va ser que si una norma tiene más de una interpretación posible debe hacerse primar aquella que sea concordante con lo dispuesto en los derechos asegurados por la normativa internacional sobre aquella interpretación que genere una contradicción.

En el ámbito penitenciario esta herramienta puede ser útil para dejar sin efecto ciertos actos o decisiones adoptadas por la Autoridad Penitenciaria que puedan vulnerar el catálogo de derechos humanos consagrados en la normativa internacional.

⁴¹⁰ NOGUEIRA, Humberto, “Derecho constitucional chileno...”, ob. cit., p. 318.

⁴¹¹ Citado en ibídem, p. 321.

⁴¹² Ibídem, p. 335.

De igual modo se podría se podría decidir no aplicar algún precepto del reglamento penitenciario si resulta incompatible con los derechos consagrados en la normativa convencional.

3. Técnicas de control de las potestades discrecionales de la Administración.

En este punto debemos partir por distinguir entre las potestades regladas y discrecionales de la Administración del Estado.

Las primeras son aquellas en que la actividad de la Administración se encuentra minuciosamente regulada por lo que frente a la constatación del supuesto de hecho comprendido en la norma los órganos administrativos sólo podrán adoptar una sola decisión que es la prevista por la ley⁴¹³. En este tipo de potestades le está vetado a la Administración realizar cualquier tipo de apreciación o consideración al margen de lo previsto por el legislador.

Las segundas potestades, en cambio, son aquellas en que el legislador le confiere a la Administración un margen de libertad o autodeterminación para elegir entre varias soluciones posibles en un determinado caso⁴¹⁴. Como señala BONNARD “hay poder discrecional cuando la ley o el reglamento dejan a la Administración un poder libre de apreciación para decidir si debe obrar o abstenerse, en qué momento debe obrar, cómo debe obrar y qué contenido va a dar a su actuación. El poder discrecional consiste pues en la libre apreciación dejada a la Administración para decidir lo que es oportuno hacer o no hacer”⁴¹⁵.

Del concepto de potestad discrecional se desprenden los dos elementos fundamentales que la configuran⁴¹⁶:

⁴¹³ CORDERO, Luis, ob. cit., p. 82.

⁴¹⁴ *Ibidem*, p. 83

⁴¹⁵ Citado por PIERRY ARRAU, Pedro. 1984. El control de la discrecionalidad administrativa. Revista Chilena de Derecho Vol. 11, pp. 479-480.

⁴¹⁶ CARMONA, Carlos. 2005. Derecho administrativo. Apuntes de clase. Unidad V. El principio de legalidad. Santiago, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, pp. 36-37

- a) **Margen de apreciación subjetiva que completa.** Implica que en el proceso de aplicación de una ley la Administración va a contar con margen de estimación subjetiva.
- b) **Alternativas igualmente justas.** Al ejercer este tipo de potestades la Administración va a tener la posibilidad de elegir abiertamente entre diversas posibilidades que serán igualmente lícitas y justas. Es por ello que se dice que la discrecionalidad genera un ámbito de indiferencia jurídica puesto que la Administración puede elegir entre cualquier solución o alternativa que será igualmente válida y justa. La decisión, en definitiva, se va a sustentar en criterios extrajurídicos que no son incluidos por la ley.

Cabe señalar que históricamente se sostuvo que las potestades discrecionales no podían ser objeto de control judicial.

Esta inmunidad jurisdiccional se justificaba porque la discrecionalidad se equiparaba en un primer momento a los actos de imperio en contra de los cuales no procedía el recurso contencioso administrativo⁴¹⁷.

A su vez, se sostenía que si el legislador había renunciado a regular la discrecionalidad y que si había remitido el ejercicio de estas potestades a la apreciación subjetiva de la Administración, no podía articular un control judicial de legalidad de su ejecución. A lo sumo se podía valorar su oportunidad lo que sería más propio de un juez político⁴¹⁸.

La concepción clásica de la discrecionalidad anteriormente reseñada, que le otorgaba un amplio espacio de inmunidad a las actuaciones de la Administración, se encuentra hoy superada por considerarse que es incompatible con los principios y valores que emanan de un Estado de Derecho⁴¹⁹. Como se ha señalado “cada vez más se es consciente de que renunciar a un control judicial de la discrecionalidad sería consagrar una verdadera patente de corso en favor de los despachos

⁴¹⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso de derecho administrativo I. Madrid, Editorial Civitas, p. 461.

⁴¹⁸ *Ibidem*, p. 454.

⁴¹⁹ CORDERO, Eduardo, “El control jurisdiccional de la actividad de la administración penitenciaria...”, *ob. cit.*, p. 35. Pese a ello todavía hay autores que bregan por mantener cierto ámbito de inmunidad en el ejercicio de estas potestades. Al respecto se puede consultar la exposición de estas posturas realizada por DESDENTADO DAROCA, Eva. 1999. *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico. Construcción teórica y análisis jurisprudencial*. Pamplona, Editorial Aranzadi, pp. 59 y ss.

administrativos. Uno de los grandes temas del Derecho Administrativo contemporáneo es juridificar este último reducto de la antigua arbitrariedad, sin perjuicio, naturalmente, de respetar lo que el mismo implica de legítima libertad de decisión”⁴²⁰.

A continuación revisaremos algunas de las técnicas de control judicial que se han propuesto frente al ejercicio de las potestades discrecionales por parte de la Administración:

A. Control de los elementos reglados.

Cabe partir señalando que no existe una potestad discrecional absoluta sino potestades que en algunos de sus elementos le confieren a la Administración ciertos márgenes de autodeterminación y elección entre posibles alternativas⁴²¹.

Esto significa que en toda potestad discrecional existen ciertos elementos que son reglados, dentro de los cuales se debe mencionar: a) La existencia de la potestad (que la potestad haya sido atribuida por una determinada norma jurídica); b) Los supuestos fácticos en que va a ser procedente el ejercicio de la potestad; c) El órgano administrativo que a tener competencia para el ejercicio de la potestad; d) El fin que se persigue alcanzar a través de los actos discrecionales⁴²².

El control de estos elementos reglados permite verificar la regularidad de la potestad discrecional. Al emanar estas potestades una remisión normativa sólo van a poder ejercerse legítimamente cuando cumpla con todos los elementos reglados. En caso contrario el acto administrativo se va a poder dejar sin efecto.

B. Control de los hechos determinantes.

Con esta técnica de control lo que se va a constatar es la concurrencia del presupuesto fáctico de la norma⁴²³.

⁴²⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, ob. cit., p. 455.

⁴²¹ CORDERO, Luis, ob. cit., p. 84

⁴²² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, ob. cit., p. 453; CARMONA, Carlos, ob. cit., p. 38; CORDERO, Luis, ob. cit., p. 84.

⁴²³ DESDENTADO DAROCA, Eva, ob. cit., p. 213.

Los Tribunales van a poder controlar la realidad o existencia de los hechos que dan lugar al ejercicio de la potestad, principalmente, a partir de la revisión del expediente administrativo. Ahora bien, no significa lo anterior que el tribunal, al conocer el contencioso administrativo, quede supeditado a la determinación de los hechos que haya realizado la propia Administración. Si así fuere no se daría la posibilidad al administrado de discutir la existencia o inexistencia de los hechos relevantes⁴²⁴.

En base a esta técnica de control se debe cuestionar aquella práctica judicial que tiende a otorgarle un plusvalor a los informes emanados de las autoridades públicas de tal forma de atribuir una presunción de veracidad de los hechos allí relatados, lo que la doctrina actual considera inaceptable por implicar una inversión de la carga probatoria en contra del administrado⁴²⁵.

El control de los hechos contempla tres modalidades⁴²⁶:

- a) Control de la existencia material de los hechos: Implica verificar si el hecho se ha producido materialmente o no.
- b) Control de la calificación jurídica de los hechos: Si los hechos se encuentran dentro del presupuesto fáctico contenido por la norma.
- c) Control de la apreciación jurídica de los hechos: Si la decisión administrativa tiene coherencia lógica con los hechos relevantes.

C. Control del fin.

El ejercicio de la potestad discrecional por parte de la Administración debe ser ejercida teniendo en consideración el fin que, expresa o tácitamente, ha establecido la norma que le ha atribuido competencia para actuar⁴²⁷.

⁴²⁴ *Ibíd.*, p. 212.

⁴²⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *ob. cit.*, p. 470. Como tuvimos ocasión de revisar una práctica judicial común de nuestros tribunales superiores de justicia, al conocer de las acciones constitucionales, es fallar en conformidad a los hechos expuestos en los informes emanados de la Autoridad Penitenciaria, rechazando los recursos en aquellos casos en que los internos no logran acreditar los supuestos fácticos requeridos para obtener una sentencia favorable.

⁴²⁶ Carmona, Carlos, *ob. cit.*, p. 46

⁴²⁷ CORDERO, Luis, *ob. cit.*, 87; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *ob. cit.*, 464.

Si en su actuación la Administración se aparta de ese fin, el ejercicio de esa potestad deja de ser legítima y debe ser anulada. En definitiva, lo que se busca verificar con esta técnica de control es el cumplimiento del fin que establece la norma habilitante⁴²⁸. De no cumplirse lo anterior se va a estar en presencia de “desviación de poder” que implica el ejercicio de la potestad administrativa para fines distintos a los fijados por el ordenamiento jurídico⁴²⁹.

Para efecto que los tribunales verifiquen si en un caso en concreto hubo desviación de poder por parte de la Administración, debe llevarse a cabo un razonamiento lógico deductivo⁴³⁰. Esto significa, en primer lugar, que el juez debe configurar la premisa mayor a través de la identificación del fin que persigue la norma con el ejercicio de la potestad discrecional. En caso de no estar expresamente estipulado en la norma le corresponderá al juez establecerlo a partir del elemento de interpretación teleológica de la ley⁴³¹. En segundo lugar, como premisa menor, deberá determinar cuál es la finalidad que persigue la decisión administrativa. Y, por último, deberá subsumir la premisa menor en la mayor para poder establecer si hubo desviación de poder por parte de la Administración.

D. Control de razonabilidad de la decisión.

Con esta técnica se busca verificar que la decisión administrativa no sea irracional, esto es, carente de toda justificación⁴³². Una decisión adolece de “absurdidad manifiesta” cuando “(...) es tan absolutamente contrario a la lógica o los criterios comunes de moralidad que ninguna persona sensata que hubiera considerado la cuestión hubiera podido llegar a la misma”⁴³³.

⁴²⁸ Ibídem, p. 465.

⁴²⁹ Así lo entiende el 70 N° 2 de la Ley de Jurisdicción Contenciosa-Administrativa española.

⁴³⁰ DESDENTADO DAROCA, Eva, ob. cit., pp. 219-220.

⁴³¹ Ibídem, p. 211.

⁴³² BERMUDEZ SOTO, Jorge. 1996. El control de discrecionalidad administrativa. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XVII, p. 279.

⁴³³ DESDENTADO DAROCA, Eva, ob. cit., p. 234.

E. Control de racionalidad de la decisión discrecional. Comprende el control de la coherencia interna y el control del proceso de toma de razón⁴³⁴.

A. Control de coherencia interna. Los tribunales deben verificar si la decisión que adopta la administración es congruente con los datos en que se basa y que de los hechos relevantes del caso se puede derivar la conclusión a la cual se ha llegado al ejercer la potestad. De no existir el vínculo lógico entre los hechos y la decisión, ésta deberá ser anulada por falta de justificación.

B. Control de toma de decisión. Se busca establecer si al momento de adoptar su decisión la Administración tuvo en consideración todos los factores significativos para ello. Por lo tanto, en caso de no haber contemplado un determinado factor, se deberá determinar en la sentencia si era relevante para que la Administración adoptara su decisión.

F. Control de la arbitrariedad.

Este control es fundamental puesto que se considera que una decisión no motivada por ese solo hecho es arbitraria⁴³⁵. Comprende la revisión de la existencia de los motivos y de la suficiencia de los mismos.

A. Control de la existencia de motivos. Con esto se impone a la autoridad administrativa la exigencia de llevar a cabo un ejercicio argumentativo que le permita sustentar en el caso concreto la decisión que se adopta⁴³⁶. Implica, entonces, que la decisión discrecional se encuentre respaldada por la exposición de fundamentos que justifiquen el ejercicio que la Administración ha realizado de la potestad⁴³⁷.

⁴³⁴ Ibídem, pp. 221-231; CARMONA, Carlos, ob. cit., pp. 48-49.

⁴³⁵ CORDERO, Luis., ob. cit., p. 91. Como señala Tomás Ramón FERNÁNDEZ "la motivación de la decisión comienza, pues, por marcar la diferencia entre lo discrecional y lo arbitrario, y ello, porque si no hay motivación que la sostenga, el único apoyo de la decisión será la sola voluntad de quien la adopta, apoyo insuficiente, como es obvio en un Estado de Derecho en el que no hay margen, por principio, para el poder puramente personal. Lo no motivado es ya, por este solo hecho, arbitrario". En De la arbitrariedad de la Administración. Madrid: Civitas, 1999, p. 82.

⁴³⁶ CORDERO, Luis., ob. cit., p. 92.

⁴³⁷ DESDENTADO DAROCA, Eva, ob. cit., p. 226.

En caso de no estar fundamentada la decisión el Tribunal deberá anular la actuación administrativa⁴³⁸.

B. Control de la suficiencia de los motivos. La decisión debe tener un fundamento adecuado y ello va a ocurrir cuando se encuentre respaldada por razones aceptables y atendibles. Como señala DESDENTADO “una justificación será suficiente si permite comprobar que la decisión adoptada es fruto de una exégesis racional y no de la mera arbitrariedad o de una desviación de poder”⁴³⁹.

La motivación, en virtud del gran tráfico administrativo, puede ser sucinta o escueta siempre y cuando se encuentre suficientemente fundada⁴⁴⁰.

La importancia de la motivación de la decisión por parte de la Administración radica en los siguientes aspectos⁴⁴¹:

- a) **Cumple una función pedagógica** puesto que la Administración debe explicar de manera adecuada lo que justifica la adopción de una determinada decisión.
- b) **Constituye un primer control de legalidad interno de la decisión.** La autoridad debe explicar si se configura el presupuesto fáctico contenido en la norma y la forma en que aplica la regla de competencia que lo faculta para ejercer la potestad.
- c) **Cumple una función de defensa.** Permite al administrado ejercer su derecho a la impugnación.

G. Control de la proporcionalidad.⁴⁴²

Comprende tres tipos de control:

A. Control de idoneidad de la decisión discrecional. A través de esta técnica los tribunales deben verificar si la decisión adoptada por la Administración es la adecuada para alcanzar los fines que se buscan alcanzar con el ejercicio de la

⁴³⁸ CARMONA, Carlos, ob. cit., p. 50.

⁴³⁹ Ob. cit., p. 228.

⁴⁴⁰ FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, ob. cit., p. 84.

⁴⁴¹ CORDERO, Luis, ob. cit., pp. 90-91.

⁴⁴² DESDENTADO DAROCA, Eva, ob. cit., pp. 241-252; CARMONA, Carlos, ob. cit., pp. 51-52.

potestad. Si la decisión no es la indicada para la consecución del fin entonces deberá ser anulada.

B. Control de necesidad. Se busca verificar que la Administración, entre todas las medidas idóneas para alcanzar el fin, hubiera elegido aquella que implica un menor efecto negativo sobre los derechos e intereses de los particulares.

C. Control de proporcionalidad en sentido estricto. Una decisión administrativa va a ser susceptible de dejarse sin efecto si es que el nivel de desventaja que produce no se compensa con la ventaja que pudiera ocasionar. Implica, por lo tanto, que “los tribunales deben individualizar los diferentes beneficios y costes que la medida lleva consigo y proceder a una comparación de dicho activo y pasivo para determinar si la medida puede considerarse o no de interés público”⁴⁴³.

H. El control a partir de los principios generales del derecho.

En sus decisiones la Administración debe respetar los principios generales del derecho que viene a ser “[...] una condensación de los grandes valores jurídicos materiales y constituyen el *substratum* del ordenamiento y de la experiencia reiterada de la vida jurídica”⁴⁴⁴. Dentro de ellos cobran especial relevancia el principio de buena fe, de igualdad y de irretroactividad de las decisiones administrativas.

En materia de control del ejercicio de las potestades de la Administración Penitenciaria, sin duda que la técnica más utilizada por nuestros Tribunales de Justicia es el de la arbitrariedad y de los elementos reglados (incluimos acá también como hacen algunos autores el control de los hechos relevantes y del fin).

En lo que respecta al beneficio de libertad condicional nuestros Tribunales Superiores de Justicia han sostenido en reiteradas oportunidades que si bien su concesión o denegación constituye una atribución discrecional de la Administración, la decisión debe ser debidamente fundamentada, lo que viene a ser refrendado por

⁴⁴³ DESDENTADO DAROCA, Eva, ob. cit., p. 245.

⁴⁴⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, ob. cit., p. 472.

el artículo 11, inciso segundo, y 41, inciso cuarto, de la Ley 19.880 que exige que los actos administrativos deben ser motivados⁴⁴⁵.

Así se ha planteado por la Corte de Apelaciones de Valparaíso, en sentencia 23 de enero de 2012, ROL N° 915-2011, que el ejercicio de una potestad discrecionalidad por parte de la Administración no es sinónimo de arbitrariedad y que se encuentra sometida a diversas exigencias, parámetros y límites (considerando octavo). Se señala, citando para ello a Enrique SILVA SIMMA, que la discrecionalidad es potestad de derecho y que cuando una autoridad a la que le competen funciones administrativas ejerce potestades discrecionales no debe llevarlas a cabo al margen del derecho. Se termina señalando que “como la Administración del Estado está subordinada a la ley, no es posible, en consecuencia, confundir la potestad discrecional a que se someten ciertos actos con la actividad simplemente arbitraria” (considerando noveno)⁴⁴⁶.

En sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco de 30 de junio de 2009, ROL N° 691-2009, se señala que los actos administrativos de gravamen, que tienen por objeto restringir la esfera jurídica de los administrados, deben ser motivados para que sean válidos, lo que implica que debe existir una adecuada correlación entre la potestad ejercida y su fin específico, “la que se producirá sólo en la medida que los presupuestos de hecho invocados concurren efectivamente y estén jurídicamente bien calificados, cuestión que se resuelve en un juicio de valor relacionado con la proporcionalidad y razonabilidad de la sanción aplicada” (considerando cuarto).

El mismo fallo luego establece, en conformidad al artículo 11 de la Ley 19.880, que la motivación del acto administrativo implica que la decisión debe contener los hechos que se dan por establecidos, el sentido o inteligencia que se da a la norma

⁴⁴⁵ Corte de Apelaciones de Temuco, sentencia de 18 de julio de 2007, ROL N° 834-2007, considerando tercero (confirmada por la Corte Suprema en sentencia de 25 de octubre de 2007, ROL N° 3926-2007); Corte Suprema, sentencia del 24 de noviembre de 2008, ROL N° 5789-2008; Corte Suprema, sentencia de once de noviembre de 2010, ROL N° 7348-2010, considerando cuarto; Corte Suprema, sentencia de dos de abril de 2012, ROL N° 1596-2012, considerando tercero; Corte Suprema, sentencia dos de diciembre de 2014, ROL N° 27.467-2014, considerando quinto; Corte Suprema, sentencia de dos de enero de 2018, ROL N° 453767-17, considerando tercero;

⁴⁴⁶ Cabe advertir que esta sentencia fue revocada por sentencia de la Corte Suprema de dos de abril de 2012, ROL N° 1596-2012, por considerar que la resolución recurrida sí estaba racionalmente fundada.

que se aplica, la calificación jurídica de los hechos y las razones por las cuales no se considera los alegatos esgrimidos por el interesado (considerando quinto)⁴⁴⁷.

Respecto a la forma de exposición de los motivos, se ha fallado por nuestros tribunales que se puede realizar de manera concisa. Así se ha señalado por la Corte Suprema que si bien en la resolución administrativa “(...) se indica de manera sucinta las motivaciones tenidas en consideración para no otorgarle el beneficio de la libertad condicional al reclamante, dichos argumentos, breves y escuetos como se aprecian, no han significado en este caso una ausencia de expresión de las razones que sustentan la decisión que se reprocha y que, por ende, adolezca de ilegalidad el acto de que se trata” (ROL N° 1596-2012, considerando cuarto)⁴⁴⁸.

También se ha resuelto por la Corte Suprema que no se cumple con este deber de motivar adecuadamente la decisión cuando la resolución impugnada entrega fundamentos genéricos en relación a diversos condenados, “lo que resulta menos aceptable si dichos fundamentos son atingentes a elementos psicológicos de carácter estrictamente personal” (sentencia de dos de enero de 2018, ROL N° 45402-17, considerando tercero).

⁴⁴⁷ Esta sentencia luego fue confirmada por la Corte Suprema en sentencia de 05 de agosto de 2009, ROL N° 5019-09.

⁴⁴⁸ En igual sentido en sentencia de la Corte Suprema de 24 de noviembre de 2008, ROL N° 5789-2008, considerando sexto.

CONCLUSIÓN.

A partir del análisis de las diversas teorías que ha elaborado la doctrina acerca de la naturaleza jurídica del derecho penitenciario y la revisión las principales características y rasgos distintivos de nuestro ordenamiento jurídico penitenciario (normativa, instituciones encargadas de la ejecución y control externo) no cabe sino concluir que en nuestro país esta rama del derecho forma parte del derecho público administrativo. Si bien esta disciplina jurídica se encuentra estrechamente enlazada con el derecho penal, lo cierto es que se encargan de regular ámbitos de la realidad diferentes. Es así que el derecho penitenciario tiene como objetivo principal la regulación del régimen penitenciario (la forma en que se va a llevar a cabo la ejecución de la pena privativa de libertad) y la relación jurídica penitenciaria (que comprende el haz de derechos, deberes y potestades que surgen entre la Administración Penitenciaria y la población), lo que claramente escapa al ámbito de estudio del derecho penal.

La naturaleza administrativa del derecho penitenciario va repercutir necesariamente en la forma en que se concibe y entiende la relación jurídica penitenciaria.

En esta materia disentimos de aquellas posturas doctrinarias monolíticas que, luego de calificar la relación penitenciaria como administrativa, la pretenden explicar a partir de los postulados de la teoría clásica de la relación especial de sujeción. A nuestro entender esta Teoría doctrinal decimonónica ha sido en buena parte superada al no ser compatible con los principios que deben regir en un Estado de Derecho.

A lo anterior se debe agregar el desarrollo alcanzado en la segunda mitad del siglo XX por el derecho internacional de derechos humanos y, sus fenómenos de generalización y especificación, a partir del cual se comienza a esbozar y construir

los contornos de una nueva concepción de la relación jurídica penitenciaria en la que se reconoce la plena validez del principio de legalidad, los derechos fundamentales de los internos y un sistema de control jurisdiccional de la fase de ejecución de las penas privativas de libertad. En definitiva, los resquemores que un sector de la doctrina ha mostrado a la naturaleza administrativa del derecho penitenciario, no tendrían mayor sustento en la medida que desde el propio desarrollo del derecho administrativo y penitenciario ya no es dable seguir concibiendo la relación penitenciaria desde la óptica clásica de las relaciones especiales de sujeción.

Una vez contrastada la concepción clásica y moderna de la relación penitenciaria y, habiendo luego revisado las características de la misma en nuestro ordenamiento jurídico, sostenemos que en nuestro actual sistema de ejecución de las penas privativas de libertad coexisten resabios de la teoría clásica (normativa reglamentaria) con ciertas características propias de la concepción moderna (reconocimiento de la calidad de sujetos de derechos de los internos, principio de juridicidad en el actuar de Gendarmería y control judicial de la fase de ejecución penal). En otras palabras, si bien nuestro sistema de ejecución penal sigue teniendo una serie de nudos críticos y falencias, no por ello se puede desconocer que la relación jurídica penitenciaria está en un proceso inconcluso de evolución desde la concepción clásica a la moderna.

Entendemos, por último, que en nuestro actual ordenamiento jurídico penitenciario a los Tribunales de Justicia les corresponderá constituirse en el pilar fundamental del respeto y garantía del Estado de Derecho en los recintos penitenciarios. La forma en que ejerzan el control externo de la actividad administrativa penitenciaria es la que terminará en la práctica por inclinar la balanza de la concepción clásica a la moderna de la relación jurídica penitenciaria. En otras palabras, en la medida que asuman con plenitud la labor de ser guardianes de los derechos fundamentales de la población penal y que asuman con propiedad el control de las actuaciones jurídicas y materiales de la Administración Penitenciaria, ya no será posible seguir entendiendo la relación jurídica penitenciaria desde su concepción administrativa clásica. Para ello, tal como se propuso en el último

capítulo, los agentes de jurisdicción pueden valerse de una serie de mecanismos y herramientas técnicas provenientes del propio derecho administrativo, o que han sido incorporadas por éste, que permiten que el Estado de Derecho traspase las siempre sólidas paredes del recinto penitenciario y que se la deje de concebir como un espacio refractario al Derecho o incluso como un espacio de No Derecho.

ABREVIATURAS.

COT Código Orgánico de Tribunales.

CP Código Penal.

CPP Código Procesal Penal.

GENCHI Gendarmería de Chile.

LBPAE Ley N° 19.880 que establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los de los Órganos de la Administración del Estado.

LOGCH Ley N° 2859 Orgánica Constitucional de Gendarmería de Chile.

REP Decreto Supremo N° 518 del año 1998 del Ministerio de Justicia, que establece el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios.

BIBLIOGRAFÍA.

I. LIBROS, ARTÍCULOS, TESIS.

AGUILÓ, Pedro y MILOS, Catalina. 2013. Personas privadas de libertad y medidas disciplinarias en Chile. Análisis y propuesta desde una perspectiva de derechos humanos. Santiago, Andros Impresores. 199p.

AICHELE HERRMANN, Sandra. 2004. El control del cumplimiento de las penas en el derecho chileno. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Valdivia, Universidad Austral de Chile, Facultad de Ciencias jurídicas y sociales. 34p.

ALARCÓN JAÑA, Pablo. 2002. Constitucionalización de la capacitación judicial: una propuesta pendiente. Revista de Derecho Universidad de Concepción N° 212. pp. 394-399.

ALBORNOZ GABILÁN, José. 2011. El debido proceso administrativo y su reconocimiento en los procedimientos disciplinarios de los órganos de la Administración del Estado regidos por la Ley 28.834 sobre estatuto administrativo. Tesis para optar al Grado de Magister en derecho. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Escuela de Graduados. 153p.

ALDUNATE, Eduardo. 2008. Derechos fundamentales. Santiago, Legal Publishing. 439p.

ALMONACID, Pamela. 2013. Ley de ejecución de penas. Realidad normativa de Chile y análisis de derecho comparado. Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 197p.

ARÓSTICA MALDONADO, Iván. 1987. Algunos problemas del derecho administrativo penal. Revista de derecho Universidad de Concepción. (182). pp.71-81.

ARRIAGA ARAVENAS, Felipe. 2013. Los principios y estándares que deben informar al régimen disciplinario penitenciario en el cumplimiento de la pena privativa

de libertad. Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 131p.

ARRIAGADA GAJEWSKI, Isabel y SILVA OLIVARES, Guillermo. 2014. La justicia ausente. El sistema penitenciario y el control judicial de la ejecución de la pena privativa de libertad en Chile. En: AROCENA, Gustavo (director). El control judicial de la cárcel en América Latina. Buenos Aires, Ediar. pp. 101-166.

ARTAZA VARELA, Osvaldo y PALACIOS MARTINEZ, Marcela. 2006. De las libertades en el régimen penitenciario. Santiago, editorial Jurídica Congreso. 231p.

AVILA HERRERA, José. 2011. El derecho de ejecución penal de cara al presente siglo: problemas, orientaciones, retos y perspectivas. [en línea] Centro de Estudios de Derecho Penitenciario. Revista Electrónica. (1) <http://www.usmp.edu.pe/derecho/centro_derecho_penitenciario/revista/jose_avila_herrera.pdf>

AYLWIN, Arturo. 1999. Efectos de la reforma del Art. 38, inciso 2°, de la Constitución Política sobre régimen de lo contencioso administrativo. En: CUADERNOS DE ANÁLISIS JURÍDICO. Serie 13. La reforma constitucional del 1989. Estudio crítico. Santiago, Escuela de Derecho Universidad Diego Portales. pp.45-50.

AYLWIN, Patricio. 1963. El derecho administrativo. Tomo II. Santiago, Editorial Universitaria.

BENITO LOPEZ, Raquel. 2007 La relación jurídica penitenciaria. Revista Jurídica universidad Autónoma de Madrid N° 15, pp. 57-90. [En línea] Disponible en: <<https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/view/6107/6570>>

BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio y ZUÑIGA RODRIGUEZ, Laura (coords.). Manual de derecho penitenciario. Salamanca, Editorial Colex. 436p.

- BERGAMINI MIOTTO, Armida. 1975. Curso de Direito Penitenciario. Sao Paulo, Saraiva.
- BERMUDEZ SOTO, Jorge. 2010. Derecho administrativo general. Santiago, legal publishing. 794p.
- BERNALDO DE QUIROS, Constancio. 1953. Lecciones de Derecho Penitenciario. México, Imprenta Universitaria. 296p.
- BOETTIGER PHILIPPS, Camila. 2009. El derecho administrativo sancionador en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Revista actualidad jurídica. Tomo II. (20): pp. 577-596. [En línea] Disponible en:<http://derecho-scl.udd.cl/centro-justicia-constitucional/files/2015/12/El_derecho_administrativo_sancionador_en.pdf>
- BOLOÑA KELLY, Germán. El acto administrativo. Santiago, LexisNexis. 321p.
- BOMBINI, Gabriel. 2000. Poder judicial y cárceles en la Argentina. Un acercamiento socio-jurídico a la jurisprudencia en torno a la cuestión carcelaria. Buenos Aires, Ad-Hoc. 237p.
- BORDA, Alejandra. 2007. Condiciones carcelarias en Chile. Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias jurídicas. Santiago, Pontifica Universidad Católica de Chile, Facultad de Derecho. 165p.
- BORDALÍ SALAMANCA, Andrés y CAZOR ALISTE, Kamel. 2003. El recurso de protección como mecanismo de control jurisdiccional ordinario de los actos administrativos: una respuesta inapropiada a un problema jurídico complejo. Revista de Derecho XIV: 67-81. [En línea] Disponible en: <http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=S071809502003000100004&script=sci_arttext>
- 2006. La administración pública ante los tribunales de justicia chilenos. Revista chilena de derecho 33 (1), pp. 17-36. [En línea] Disponible en: <<https://repositorio.uc.cl/handle/11534/9245>>
- BORDALÍ, Andrés, CAZOR, Kamel y FERRADA, Juan Carlos. 2003. El recurso de protección como mecanismo de control jurisdiccional ordinario de los actos

- administrativos: una respuesta inapropiada a un problema jurídico complejo. *Revista de Derecho* XIV. pp. 67-83.
- BORDALÍ SALAMANCA, Andrés y FERRADA BORQUEZ, Juan Carlos. 2009. *Estudios de justicia administrativa*. Santiago, Legal Publishing. 233p.
- BOVINO, Alberto. Control judicial de la privación de libertad y derechos humanos. [En línea]. Disponible en: <https://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/2004/01/17_Control_Judicial_De_Privacion_Libertad.pdf>
- BUENO ARUS, Francisco. Sobre la autonomía del derecho penitenciario (notas provisionales). [En Línea] <<http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292344047649?blobheader>>
- BUITRON RAMIREZ, Guadalupe y GARBERI LLOBREGAT, José. 2001. *El procedimiento administrativo sancionador*. Vol. 1. Valencia, Tirant lo Blanch. 431p.
- BUSTOS RAMIREZ, Juan y HORMAZABAL MALARÉE, Hernán. 1997. *Lecciones de derecho penal*. Volumen I. Madrid, Editorial Trotta. 259p.
- CABALLERO, Ana. 2006. *Defenderse desde la cárcel*. Santiago, Proyecto Reforma Procesal Civil de la Sociedad para la Cooperación Técnica alemana GTZ-Chile. 453p.
- CAMACHO CEPEDA, Gladys 2008. *La potestad administrativa sancionadora en Chile: luces y sombras*. En: FOY VALENCIA, P (ed.). *Ensayos jurídicos contemporáneos*. Nuevo testimonio de una huella académica. Lima, Ara Editores, pp. 63-81.
- CANO MATA, Antonio. 1975. *Derecho Administrativo Penitenciario: protección al recluso*. [en línea]. *Revista de administración pública*. (76): pp. 31-61. En: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1098667.pdf>>
- 1981. *La actividad administrativa penitenciaria y su fiscalización por el juez de vigilancia*". *Revista de Administración Pública* (95). 156p.

- CARMONA, Carlos. 2005. Derecho administrativo. Apuntes de clase. Unidad V. El principio de legalidad. Santiago, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 66p.
- CARNEVALI, Raúl y MALDONADO, Francisco. 2013. El tratamiento penitenciario en Chile. Especial atención a problemas de constitucionalidad. [en línea]. Revista Ius et Praxis 19 (2), p. 385-418. <<https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v19n2/art12.pdf>>
- Carbonell, Miguel y SANCHEZ, Ruben. 2011. ¿Qué es la constitucionalización del derecho?. En quid iuris 15: [En línea] Disponible en: <<https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/quidiuris/article/view/17397/15605>>
- CASTRO, Álvaro, CILLERO, Miguel y MERA, Jorge. 2010. Derechos fundamentales de los privados de libertad. Guía práctica con los estándares internacionales en la materia. Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales. 288p.
- CASTRO JOFRÉ, Javier. 2006. Introducción al derecho procesal chileno. Santiago, Lexis Nexis. 588p.
- CEA EGAÑA, José Luis, 2004, Derecho Constitucional Chileno, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile. Tomo II. 733p.
- CENTRO DE DERECHOS HUMANOS. 2003. Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2003. Santiago, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, pp. 61-106. [En línea] Disponible en: <<http://www.derechoshumanos.udp.cl/derechoshumanos/index.php/informe-ddhh-2003>>
- 2005. Informe anual sobre Derechos Humanos en Chile 2005. Santiago, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, pp. 137-138. [En línea] Disponible en: <<http://www.derechoshumanos.udp.cl/derechoshumanos/index.php/informe-ddhh-2005>>

- 2006. Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2006: hechos de 2005. Santiago. Facultad de Derecho, Universidad Diego portales, pp. 15-166. [en línea] Disponible en: <<http://www.derechoshumanos.udp.cl/derechoshumanos/index.php/informe-ddhh-2005>>
- 2007. Informe anual sobre derechos humanos en Chile. Santiago, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, pp- 17-59 [En línea]. Disponible en: <<http://www.derechoshumanos.udp.cl/derechoshumanos/index.php/informe-ddhh-2007>>
- 2008. Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2008. Santiago, Facultad de derecho, Universidad Diego Portales, pp 77-133. [En línea]. Disponible en: <<http://www.derechoshumanos.udp.cl/derechoshumanos/index.php/informe-anual>>
- 2010. Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2010. Santiago. Facultad de Derecho, Universidad Diego portales, pp. 109-144. [En línea]. Disponible en: <<http://www.derechoshumanos.udp.cl/derechoshumanos/index.php/informe-anual>>
- 2011. Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2011. Santiago. Facultad de Derecho, Universidad Diego portales, pp. 111-128. [En línea]. Disponible en: <<http://www.derechoshumanos.udp.cl/derechoshumanos/index.php/informe-anual>>
- 2015. Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2015. Santiago, Facultad De Derecho de, Universidad Diego Portales, pp. 165-207. [En línea]. Disponible en: <<http://www.derechoshumanos.udp.cl/derechoshumanos/index.php/informe-anual>>

- CENTRO DE ESTUDIOS JUDICIALES. 1988. I Jornadas fiscales de vigilancia penitenciaria. Vol. I. Madrid, Ministerio de Justicia Centro de Publicaciones. 173p.
- CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo. 2009. Manual del sistema de justicia penal. Santiago, Editorial Librotecnia. 662p.
- CESANO, José. 2002. Un estudio sobre las sanciones disciplinarias penitenciarias. Control jurisdiccional e impugnación de los actos administrativos sancionatorios en la Ley 24.660 y su reglamentación. Córdoba, Alveroni Ediciones. 99p.
- CESANO, José Daniel y REVIRIEGO PICÓN, Fernando (coordinadores). Teoría y práctica de los derechos fundamentales en las prisiones. Montevideo, Editorial b de F. 308p.
- CHIPOCO, Carlos. 1994. La protección universal de los derechos humanos. Una aproximación crítica. En: INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. Estudios básicos de derechos humanos. Tomo I. Costa Rica, Unidad Editorial de IIDH. pp. 171-225.
- COLMEIRO, Manuel. 1876. Derecho Administrativo español. Tomo I. 4ºed. Madrid, Imprenta y librería de Eduardo Martínez, 623p.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2011. Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas. [En línea]. Disponible en:< www.cidh.org>
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. 2004. Derecho penitenciario II. Cuadernos de Derecho Judicial. Madrid, Centro de documentación judicial. 608p.
- CONSEJO PARA LA REFORMA PENITENCIARIA. 2010. Recomendaciones para una nueva política penitenciaria. [En línea]. Disponible en:<https://www.cesc.uchile.cl/Informe_CRPenitenciaria.pdf>
- CONTRERAS VASQUEZ, Pablo y GARCÍA PINO, Gonzalo. 2013. El derecho a la tutela judicial y al debido proceso del Tribunal Constitucional chileno.

Estudios Constitucionales N° 2, pp. 229-282. [En línea]. Disponible en:
<<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82029345007>>

CORBELLA DUCH, Josep. 1997, Los derechos fundamentales a la vida, integridad física, intimidad y a la tutela judicial efectiva en la relación jurídica penitenciaria. Tesis (Doctorado Derecho). Barcelona, España. Universidad de Barcelona, Departamento de Derecho Penal y Ciencias Penales. 666p.

CORDERO QUINZACARA, Eduardo. El control jurisdiccional de la actividad de la administración penitenciaria Informe en derecho 01-2009/Noviembre Departamento de estudios defensoría penal. [en línea]
<<http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataBank/3741-2.pdf>>

— 2014. Derecho administrativo sancionador. Bases y principios en el derecho chileno. Santiago, Legal Publishing. 437p.

CORDERO VEGA, Luis. 2006. El principio de control público en el derecho administrativo chileno. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 211p.

— 2015. Lecciones de derecho administrativo. Santiago, Legal Publishing. 786p.

CORREA SUTIL, Jorge (Director).1990. La reforma constitucional de 1989. Estudio Crítico. Santiago, Cuadernos de Análisis Jurídico 13. pp. 45-50.

COTINO HUESO, Lorenzo. 1999. Relaciones de especial sujeción: su diversa evolución en Alemania y España. Revista del Poder Judicial N° 55. pp. 291-324.

COUSIÑO MAC IVER, Luis. 1975. Derecho penal chileno. Parte general. Tomo I. Santiago, editorial Jurídica de Chile. 949p.

COUSO, Jaime y HERNANDEZ, Héctor (directores). Código penal comentado. Libro Primero (arts. 1° a 105). Doctrina y jurisprudencia. Santiago, Legal Publishing. 694p.

COYLE, Andrew. 2009. La administración penitenciaria en el contexto de los derechos humanos. Manual para el personal penitenciario. Londres, Centro Internacional de Estudios Penitenciarios. 168p.

- CUELLO CALÓN, Eugenio. 1958. La Moderna Penología, Tomo I, Barcelona, Bosch. 700p.
- CURSO DE derecho penitenciario, 2005. Por TAMARIT SUMALLA Josep-maría "et al". 2ªed. Valencia, Tirant lo Blanch. 365p.
- CURY URZÚA, Enrique. 2005. Derecho penal. Parte general. 6º ed. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile. 812p.
- DE RIVACOBA y RIVACOBA, Manuel. 2000. Objeto, funciones y principios rectores del denominado derecho penitenciario. Revista de Derecho, Consejo de Seguridad del Estado (2) [en línea] Disponible en: <<https://www.cde.cl/wps/wcm/connect/758d2cc4-853e-4e56-a5aa0a8e122406b1/6.pdf?MOD=AJPERES>>
- DESDENTADO DAROCA, Eva. 1999. Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico. Construcción teórica y análisis jurisprudencial. Pamplona, Editorial Aranzadi. 533p.
- DICCIONARIO DE CIENCIAS PENALES (criminología, derecho penal, derecho penitenciario y derecho procesal penal).1999. Madrid: Edisofer, S.L. 516p.
- DIRECCIÓN DE ESTUDIOS SOCIOLOGICOS DE LA PONTIFICA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE. Evaluación y sistematización del modelo y sistema de defensa penitenciaria de la Defensoría Penal Pública, p. 31. Disponible en: <<http://www.dpp.cl/resources/upload/3b59cfaa198fdd63eb459e3f5a006a16.pdf>>
- DURAN GARCÍA, David (compilador y editor general). Personas privadas de libertad. Jurisprudencia y doctrina. Bogotá, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. 653p.
- DURÁN MENCHACA, Carlos y ELÍAS MUSALEM, Esteban. 1997. La evolución del régimen penitenciario chileno durante el siglo XX (1910-1995). Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago de Chile, Universidad Central, Facultad de Derecho. 131p.

- ESTEVEZ, José. 1956. Sobre el concepto de “naturaleza jurídica”. En Anuario de filosofía del derecho, N°4. pp. 159-182.
- ETCHEBERRY, Alfredo. 1999. Derecho penal. Parte general. Tomo II. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES. Estudio sobre el diseño normativo e institucional para la implementación de jueces de penas y medidas de seguridad en Chile. [en línea] Disponible en: <<https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=83322&prmTIPO=DOCUMENTOCOMISION>>
- FAUNDEZ LEDESMA, Héctor. 2004. El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales. Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1053p.
- FERNANDEZ AREVALO, Luis y MAPELLI CAFFARENA, Borja. 1995. Práctica forense penitenciaria. Madrid, Civitas. 549p.
- FERNANDEZ GONZALEZ, Miguel. 2006. La nueva justicia penal frente a la constitución. Santiago, Editorial Legal Publishing. 334p.
- FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. 1999. De la arbitrariedad de la administración. . Madrid: Civitas, 1999. 267p.
- FERRADA BORQUEZ, Juan Carlos. 2003. La progresiva constitucionalización del poder público administrativo chileno: un análisis jurisprudencial. En: UNIVERSIDAD AUSTRAL. La Constitucionalización del derecho chileno. Santiago, Editorial Jurídica, pp 63-98.
- 2004. Los derechos fundamentales y el control constitucional. Revista de Derecho XVII, pp 114-137.
- 2011. Los procesos administrativos en el derecho chileno [en línea]. Revista de derecho de la Pontificia universidad Católica de Valparaíso 36, pp. 251-277. [en línea] Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512011000100007&lng=es&nrm=iso>

- FUENZALIDA CIFUENTES, Pablo. 2007. La titularidad de los derechos fundamentales y las relaciones de sujeción especial en la constitución chilena. Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 234p.
- GALLEGO ANABITARTE, Alfredo. 1961. Las relaciones especiales de sujeción y el principio de legalidad de la Administración. *Revista de Administración Pública* 34, pp.11-52. [en línea] Disponible en: <<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/142811>>
- GAMBIER, Beltrán y ROSSI, Alejandro. 2000. Derecho administrativo penitenciario. Análisis crítico del régimen legal. Apéndice normativo y documentación. Buenos Aires, Abeledo-Perrot. 284p.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás. 2004. Curso de derecho administrativo. Tomo I y II. Novena edición. Madrid, Civitas Ediciones.
- GARCÍA MACHO, Ricardo. 1992. Las relaciones de especial sujeción en la constitución española. Madrid, Tecnos. 259p.
- GARCIA PINO. Gonzalo y CONTRERAS VASQUEZ, Pablo. 2013. El derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia del tribunal constitucional chileno. *Estudios constitucionales* 11 (2), pp. 229-282. [En línea] Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002013000200007>
- GARCÍA RAMIREZ, Sergio. 1975. La prisión. México: Fondo de Cultura económica. 204p.
- GARCÍA VALDÉS, Carlos. 1985. Teoría de la pena. Madrid, Tecnos, 189p.
- 1989. Derecho penitenciario (escritos 1982-1989). Madrid: Ministerio de Justicia, Secretaría general técnica, centro de publicaciones. 326p.
- GARRIDO GUZMÁN, Luis, 1983. Manual de Ciencia Penitenciaria. Madrid. EDERSA. 518p.
- GIMENO SENDRA, Vicente, “et al”. 1992. Curso de derecho procesal administrativo. Valencia, Tirant lo Blanch.

- GONZALEZ CANO, María Isabel. 1994. La ejecución de las penas privativas de libertad. Valencia. Tirant lo Blanch. 405p.
- GONZALEZ VILLAGRÁN, Rafael. 1996. Sistema penitenciario chileno. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Concepción, Pontificia Universidad Católica de Chile, sede Talcahuano. 154p.
- GORDILLO, Agustín. 2011. Tratado de derecho administrativo. Tomo III. El acto administrativo. Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo [en línea] Disponible en: <<https://www.gordillo.com/tomo3.php>>
- GRACIA MARTÍN, Luis, BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, ALASTUEY DOBÓN, Carmen. 2006. Tratado de las consecuencias jurídicas del delito: adoptado a las Leyes Orgánicas 7/2003, de 30 de junio, 11/2003, de 29 de septiembre, 15/2003, de 25 de noviembre, y 1/2004, de 28 de diciembre; con un anexo legislativo y documental sobre el sistema de consecuencias jurídicas del delito en el derecho español. Madrid, Tirant lo Blanch. 527p.
- GRAY, Tomás. 2012. Análisis del artículo 468 del Código Procesal Penal sobre ejecución de la sentencia condenatoria penal. Actividad formativa equivalente a tesis para optar al grado de Magister en Derecho con Mención en Derecho Penal. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 116p.
- GUASTINI, Ricardo. 2009. La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano. En: CARBONELL, Miguel (ed). Neoconstitucionalismo. Madrid, Trotta-Unam, pp. 49-73.
- GUZMÁN DÁLBORA, José Luis. 2011. Consideraciones críticas sobre el reglamento penitenciario chileno. En: VERDUGO MARINKOVIC, Mario (Director). Doctrinas esenciales Gaceta Jurídica. Derecho penal. Tomo II. 1976-2010. Santiago, Legal Publishing.
- 2011. De la liquidación del problema penitenciario en Chile. Gaceta Jurídica N° 372. pp. 31-33.
- GUZMÁN SUAREZ, Lionel. 2001. El control de la discrecionalidad administrativa en Chile. Tesis para optar al grado de magister en Derecho Público. Santiago, Universidad de Chile. 187p.

- HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco. 1989. Introducción a la criminología y al derecho penal. Valencia, tirant lo Blanch. 237p.
- HEISEL, Andrea; MONTANÍA, Carmen; ROLON, Jorge (compiladores). 2005. Legislación penitenciaria y de ejecución penal en el derecho comparado (Alemania, Argentina, Bolivia, Brasil, El Salvador, España, Guatemala, Nicaragua, Perú). Colección de Derecho penitenciario y ejecución penal. Tomo IV. Paraguay, Cooperación Técnica Alemana GTZ. 582p.
- HORVITZ LENNON, María Inés y LOPEZ MASLE, Julian. 2004. Derecho procesal penal chileno. Tomo II. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile. 638p.
- HURTADO BUNSTER, María Teresa; MORALES PEEILLARD, Ana María; WELSCH CHAHUAN, Gherman. 2015. Estudio comparado sobre Tribunales de ejecución de penas. Santiago, Fundación Paz Ciudadana.42p.
- IBACETA MEDINA, David. 2008. Protección de la dignidad de los privados de libertad en el bloque de constitucionalidad. Revista de derecho Público N° 70, pp.149-173.
- INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. 2012. Estándares internacionales en materia de personas privadas de libertad y condiciones de los centros penitenciarios: sistematización, análisis y propuestas. Santiago, Grafica Lom. 203p.
- 2013. Estudio de las condiciones carcelarias en Chile. Diagnóstico del cumplimiento de los estándares internacionales de derechos humanos. Santiago, Maval, 198p. [en línea] Disponible en: <<http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/639/Estudio%20general?sequence=4>>
- JESCHECK, H.H. 1981. Tratado de Derecho Penal: Parte general. T. I. Barcelona, Bosh.
- JIMENEZ, Gustavo. 2007. El funcionamiento de la cárcel como exclusión en Chile. Santiago, División de planificación, estudios e inversión, Ministerio de Planificación, 27p. [en línea] Disponible en:

<<http://www.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/btca/txtcompleto/mideplan/funcionam.carcel-exclusion.2007.pdf>>

KENDALL GRAIG, Stephen. 2010. Tutela judicial efectiva en la relación jurídica penitenciaria. Santiago, Librotecnia. 214p.

KUNSEMULLER, Carlos. 2012. Derecho penal y política criminal. Santiago de Chile, Thomson Reuters. 665p.

LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki. 1994. Las relaciones de especial sujeción. Madrid, Civitas. 457p.

LEONE, Giovanni. 1963. Tratado de derecho procesal penal. Volumen III. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América.

LOPEZ BENITEZ, Mariano. 1994. Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción. Madrid, Editorial Civitas, 645p.

— 2013. La relación de sujeción del recluso con la Administración penitenciaria., p. 2. Conferencia pronunciada en Melilla el 22 de julio de 2013 dentro del Curso “Alternativas a la prisión” [En línea] Disponible en <<http://amep.org.es/wp-content/uploads/2012/files/relacion.pdf>>

LOPEZ MELERO, Montserrat. 2011. Los derechos fundamentales de los presos y su reinserción social. Tesis para la obtención del grado de Doctor en Derecho. Alcalá de Henares, Universidad de Alcalá, Facultad de Derecho. 800p.

— 2012. Consideración de los presos como sujetos de derechos fundamentales. Cuadernos electrónicos de derechos humanos y democracia. [En línea] Disponible en: <https://pradpi.es/cuadernos/7/5_Montserrat-Lopez-_para-CEDHD_.pdf>

MANZINI, Vincenzo. 1954. Tratado de derecho procesal penal. Tomo V. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América.

MAPELLI CAFFARENA, Borja. 1983. Principios fundamentales del sistema penitenciario español, Barcelona, Bosch. 343p.

- 1993. El sistema penitenciario, los derechos humanos y la jurisprudencia constitucional. [En línea] Revista de Instituto Bartolomé de las Casas 1 pp. 427-444. Disponible en: <<https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/1446>>
- 1993. Las relaciones especiales de sujeción y el sistema penitenciario. [En línea] Estudios penales y criminológicos (16), pp. 288 y ss. Disponible en: <<https://idus.us.es/xmlui/handle/11441/51197>>
- 2013. Ejecución y proceso penal. [En línea] Revista pensamiento penal. Disponible en: <<http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/37475-ejecucion-penal-y-proceso-penal>>

MAPELLI CAFFARENA, Borja y ALDERETE LOBO, Rubén. 2015. Manual regional de buenas prácticas penitenciarias. Madrid, Programa Eurosocial. 290p.

MAPELLI CAFFARENA, Borja y TERRADILLOS BASOCO, Juan. 1996. Las consecuencias jurídicas del delito. 3º ed. Madrid, Editorial Civitas. 259p.

MARTINEZ RUIZ, Jesús. 2017. La relación jurídica penitenciaria. Especial referencia a la protección de la vida de los reclusos. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. [En línea] Disponible en: <<http://criminnet.ugr.es/recpc/19/recpc19-30.pdf>>

MATA TIERZ, José María. 1965. Intervención judicial en el cumplimiento de las penas de privación de libertad. Boletín de información del Ministerio de Justicia (659), p. 5.

MATA y MARTÍN, Ricardo. 2011. El principio de legalidad en el ámbito penitenciario. Revista de derecho Penal y Criminología, XXXII (93), pp. 121-166. [en línea] <<http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/3070/0>>

- 2016. Fundamentos del sistema penitenciario. Madrid, Editorial Tecnos. 298p.

MARCÓ DEL PONT, Luis. 1998. Derecho penitenciario. México: Cárdenas editor y distribuidor. 809p.

MATURANA MIQUEL, Cristian y MONTERO LOPEZ, Raúl. 2012. Derecho procesal penal. Tomo I. Santiago, Legal Publishing. 565p.

- MATURANA, Cristian y MOSQUERA, Mario. 2010. Los recursos procesales. Santiago, Editorial Jurídica,. 619p.
- MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz. Derecho penal. 1994 .Parte general. Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible. Buenos Aires, editorial Astrea.
- MEDINA JARA, Rodrigo. 2004. Las normas internacionales generales sobre derechos humanos y el desarrollo de los derechos en el ámbito penitenciario. Gaceta jurídica (290). pp. 7-19.
- MEZGER, Edmund. 1958. Derecho penal. Libro de estudio. Parte general., Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina.
- MORAGA KLENNER, Claudio. 2004. La jurisdicción contenciosa administrativa. El proceso jurisdiccional administrativo. En: COOPER, James “et al” (edit.). Estado de derecho y reforma a la justicia. Santiago de Chile, Trabajo resultante del Diplomado Internacional Estado de Derecho y Reformas a la Justicia, organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, la Universidad de Heidelberg, la California Western School of law, de Dan Diego y la GTZ pp. 106-120..
- 2010. Tratado de derecho administrativo. Tomo VII. La actividad formal de la administración del Estado. Santiago, Legal Publishing. 574p.
- MURILLO RODRIGUEZ, Roy. 2013. Sobre la judicialización de la pena: garantía ejecutiva, control jurisdiccional y Estado de Derecho. El Cotidiano N°180, pp. 21-30. [En línea] Disponible en: <<http://www.redalyc.org/pdf/325/32528338002.pdf>>
- NASH ROJAS, Claudio. 2012. Derecho internacional de los derechos humanos en Chile. Recepción y aplicación en el ámbito interno. Santiago, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. 447p.
- NASH, Claudio y NUÑEZ, Constanza. 2015. Derechos humanos y juicio penal en Chile. Santiago, Centro de Documentación Defensoría Penal Pública. 347p.

- NAVARRO, Enrique. 2005. Notas sobre la potestad sancionatoria de la autoridad administrativa y principio de legalidad. *Revista de Derecho Público* N° 67. pp. 118-128.
- NEUMAN, Elías. 1971. Evolución de la pena privativa de libertad y regímenes penitenciarios. Buenos Aires, Ediciones Pannedille. 273p.
- NIKKEN, Pedro. 1994 El concepto de derechos humanos. En: INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. Estudios básicos de derechos humanos. Tomo I. Costa Rica, Unidad Editorial de IIDH. pp. 15-37.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. 2003. Teoría y dogmática de los derechos fundamentales. México, Universidad Nacional autónoma de México. 397p.
- 2007. El debido proceso en la constitución y el sistema interamericano. Doctrina y jurisprudencia. Santiago, Librotecnia. 530p.
- 2012. Derecho constitucional chileno. Tomo II. Santiago, Legal Publishing. 962p.
- 2013. Derechos fundamentales y garantías constitucionales. Tomo I. Dogmática de los derechos fundamentales, interpretación de derechos y derechos de la personalidad. Cuarta edición. Santiago de Chile, Librotecnia. 994p.
- OJEDA VELASQUEZ, Jorge. 2011. Los jueces de ejecución penal. *Revista del Instituto de la Judicatura Federal* N° 31, pp. 215-234. [En línea] Disponible en: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/judicatura/article/view/31972>
- ORELLANA TORRES, Fernando. 2010. Manual de derecho procesal. Tomo I. Derecho procesal orgánico. Santiago, Librotecnia. 298p.
- OSTORNOL NAVARRETE, Camila y TOMIC LOPEZ, Carolina. 2013. Derecho a defensa y garantía a un debido proceso en Chile: aplicación de medidas disciplinarias durante la ejecución de condenas privativas de libertad. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 258p.

- PARINI, MELANY. 2016. Análisis normativo del régimen disciplinario penitenciario chileno. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias J Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 111p.
- PFEFFER URQUIAGA, Emilio. Código procesal penal anotado y concordado. 2001. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 612p.
- PIERRY ARRAU, Pedro. 1984. El control de la discrecionalidad administrativa. Revista Chilena de Derecho Vol. 11. pp. 479-491.
- POLITOFF LISCHITZ, Sergio 1997. Derecho penal. Santiago, Editorial jurídica Conosur. 671p.
- POLITOFF L., Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMIREZ, María Cecilia. 2006. Lecciones de derecho penal chileno. Parte general. 2° Ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 613p.
- POSADA HERRERA, José de. 1988. Lecciones de administración. 2° Ed. España, Instituto Nacional de Administración Pública. 589p.
- PROGRAMA EUROSOCIAL (ed). Ejecución de la pena privativa de libertad: una mirada comparada. Madrid, Cyan, Proyectos Editoriales. 589p.
- QUINTANO RIPOLLES, Antonio. Modernos aspectos de las instituciones penitenciarias iberoamericanas. Cuarta ponencia para el I Congreso Hispano-luso-americano y filipino penal y penitenciario. Anuario de derecho penal y ciencias penales, Tomo V (2). [En línea] Disponible en: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2771088>>
- ORTIZ QUIROGA, Luis y AREVALO CUNICH, Javier. 2013. Las consecuencias jurídicas del delito. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 607p.
- OSORIO VARGAS, Cristóbal. 2016. Manual de procedimiento administrativo sancionador. Parte General. Santiago, Legal Publishing. 641p.
- RACIONERO CARMONA, Francisco. 1999. Derecho penitenciario y privación de libertad: una perspectiva jurídica. Madrid, Dykinson. 403p.
- RENART GARCÍA, Felipe. 2002. El régimen disciplinario en el ordenamiento penitenciario español: luces y sombras. Zaragoza, Publicaciones de la Universidad de Alicante. 269p.

- RIEGO, Cristian.1993. La crisis penitenciaria y el informe de la cámara de diputados. En: CUADERNOS de análisis jurídico. Serie 24. Santiago, Universidad Diego Portales,pp. 65-87.
- RIESCO, María Luisa. Proposición de reforma para la inclusión del juez de ejecución de pena. En: COOPER, James “et al” (Eds.). 2005. Estado de derecho y reformas a la justicia. Santiago, GTZ Chile. pp. 513-555.
- RIVACOBBA y RIVACOBBA, Manuel de. Objeto, funciones y principios rectores del denominado derecho penitenciario. Revista de Derecho. [En línea] Disponible en: <<https://www.cde.cl/wps/wcm/connect/758d2cc4-853e-4e56-a5aa-0a8e122406b1/6.pdf?MOD=AJPERES>>
- RIVERA BEIRAS, Iñaki. 1992 (coordinador). la cárcel en el Sistema penal (un análisis estructural). 2º edición. Barcelona, Editorial María Jesús Bosch.
- 1997. La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos. La construcción jurídica de un ciudadano de segunda categoría. Barcelona, José María Bosch Editor. 436p.
- RIVERA BEIRAS, Iñaki y SALT, Marcos. 2005. Los derechos fundamentales de los reclusos. España y Argentina. Buenos Aires, Editores del Puerto. 301p.
- ROCHOW, Diego. 2016. Afectaciones sistemáticas de derechos y control judicial carcelario: elementos para una crítica de la ejecución penitenciaria en Chile. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 187p.
- RODRIGUEZ ALONSO, Antonio. 1997, Lecciones de derecho penitenciario. Adaptadas a la normativa legal vigente. Granada, Editorial Comares. 363p.
- RODRIGUEZ AVILES, Juan Antonio. 2013. El ordenamiento jurídico penitenciario español vigente: carencias y disfunciones. Tesis doctoral. Granada, Universidad de Granada.
- RODRIGUEZ COLLAO, Luis. 1987. Bases para distinguir entre las infracciones criminales y administrativas. Revista de Derecho de la Pontificia universidad Católica de Valparaíso (11): pp. 117-163. [en línea] Disponible en: <<http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/viewArticle/200>>

- RODRIGUEZ MAGARIÑOS, Faustino Gudín. La relación jurídica penitenciaria bajo la óptica del derecho administrativo, 53p. [en línea] Disponible en: <<http://www2.uned.es/dpto-derecho-politico/gudin.pdf>>;
- RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo. 1978. Derecho penal. Parte general. Madrid, Editorial Civitas.
- ROMAN CORDERO, Cristian. 2006. El principio de legalidad en el derecho administrativo-posmoderno-sancionador eléctrico. Memoria de prueba para optar al grado de magister en Derecho. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 210p.
- 2009. El debido procedimiento administrativo sancionador. Revista de derecho Público N° 71, pp. 183-214.
- RUIZ DE SANTIAGO, Jaime. 1999. La protección internacional de los derechos humanos en su evolución histórica. En: INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. Estudios básicos de derechos humanos. Tomo III. Costa Rica, Unidad Editorial de IIDH. pp. 63-98.
- RUÍZ ROBLEDO, Agustín. 2003. El derecho fundamental a la legalidad punitiva. Valencia, Tirant lo Blanch. 398p.
- SALINERO, María. 2007. Los permisos de salida en la legislación chilena. Informe en derecho. Santiago, Defensoría Nacional, Departamento de estudios y proyectos. 59p.
- SEGURA SOTO, Romina Carolina. 2014. Naturaleza jurídica y fundamento constitucional de la potestad punitiva de la Administración del estado. Revista de Derechos Fundamentales de la Universidad Viña del Mar. (11): pp. 163-194 [en línea] Disponible en: <<http://www.derechosfundamentales.cl/revista/11.163-194.Segura.pdf>>
- SEPULVEDA, Eduardo. El ordenamiento jurídico penitenciario chileno: sus reformas más urgentes. En: COOPER, James “et al” (Eds.). 2005. Estado de derecho y reformas a la justicia. Santiago, GTZ Chile.

- SOSA WAGNER, Francisco. 1976. Administración penitenciaria. Revista de Administración pública (80): pp. 83-125 [en línea] Disponible en: <<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/105553>>
- SOTO KLOSS, Eduardo. 2014. Otra vez sobre la potestad sancionadora de la Administración. En: ALARCÓN JAÑA, pablo y ARANCIBIA MATTAR, Jaime (coordinadores). Sanciones administrativas. X Jornadas de derecho administrativo Asociación de Derecho Administrativo (ADA). Santiago, Legal publishing. pp. 39-52.
- SQUELLA NARDUCCI, Agustín. 2014. Introducción al derecho. Santiago, Legal Publishing. 751.p.
- STIPPEL, Jorg Alfred. 2006. Las cárceles y la búsqueda de una política criminal para Chile. Un estudio acerca del acceso a la justicia, la violación de derechos y el nuevo proceso penal. Santiago, Lom Ediciones. 310p.
- TELLEZ AGUILERA, Abel. 1998. Seguridad y disciplina penitenciaria. Un estudio jurídico. Madrid, EDISOFER, 335p.
- Novelli y su tiempo. Una aproximación a los orígenes y al concepto del derecho penitenciario. [en línea] Revista de Estudios penitenciarios(255):28. <<http://www.derechopenitenciario.com/comun/fichero.asp?id=2438>>
- UNIDAD DE DEFENSA PENITENCIARIA. 2011. La doctrina de las relaciones de sujeción especial en la jurisprudencia. [en línea] Documento de trabajo N°1/2011 <<http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataBank/6021.pdf>>
- VAELLO ESQUERDO, Esperanza. 2004. Las consecuencias jurídicas del delito. Alicante, Universidad de Alicante. 180p.
- VALENZUELA, Jonatan. 2005. Estado actual de la reforma al sistema penitenciario chileno. [en línea] Revista de Estudios de la Justicia (6), p. 1 <<http://web.derecho.uchile.cl/cej/html/media/estadoreformapenitenciario.pdf>>
- VENEGAS VILCHES, Cristóbal 2016. Procedencia del recurso de apelación contra la resolución que falla el amparo ante el juez de garantía del artículo 95 del Código Procesal Penal. Memoria para optar al grado de Licenciado en

Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 83p.

VERGARA BLANCO, Alejandro. 2005. El recurso de protección como sustituto de una jurisdicción contencioso administrativa especializada. Elementos para el análisis. Gaceta Jurídica (297), pp. 7-17.

VERGARA CISTERNA, Luis. 2006. Manual penitenciario: Bases para el trabajo carcelario y su transformación. Santiago, GTZ-Chile, 276p.

— 2008. Dimensión valórica en la normativa de ejecución penal chilena. Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciarios N° 12.

ZAFFARONI, Eugenio. 1998. Tratado de derecho penal. Parte General. Tomo I. Buenos Aires, Ediar. 503p.

II. JURISPRUDENCIA NACIONAL.

1. Corte de Apelaciones:

— Corte de Santiago, 28 de octubre de 2002, ROL N° 56616-2002

— Corte de Santiago, 7 de octubre de 2003, ROL N° 3920-2003

— Corte de Santiago, 15 de enero de 2007, ROL N° 3333-2006

— Corte de San Miguel, 23 de enero de 2007, ROL N° 12-2007.

— Corte de Concepción, 21 de agosto de 2007, ROL N° 259-2007

— Corte de Concepción, 19 de diciembre de 2007, ROL N° 120-2007

— Corte de Concepción, 28 de diciembre de 2007, ROL N° 522-2007

— Corte de Santiago, 9 de agosto de 2009, ROL N° 2154-2009.

— Corte de Temuco, 11 de junio de dos mil diez, ROL N° 694-2010

— Corte de Rancagua, 25 de septiembre de 2012, ROL N° 1000-2012.

— Corte de Antofagasta, 7 de diciembre de 2012, ROL N° 1449-2012.

— Corte de Concepción, 23 de diciembre de 2013, ROL N° 174-2013

— Corte de Valparaíso, 23 de diciembre de 2014, ROL N° 1490-2014.

— Corte de Arica, 13 de julio de 2015, ROL N° 79-2015

— Corte de Iquique, 5 de octubre de 2015, ROL N° 135-2015

- Corte de Santiago, 14 de diciembre de 2017, ROL N°3220-2017.
- Corte de Santiago, 20 de diciembre de 2017, ROL N° 3288-2017
- Corte de Concepción, 18 de enero de 2018, ROL N° 657-2017
- Corte de Santiago, 9 de abril de 2018, ROL N° 359-2018
- Corte de Valparaíso, 17 de mayo de 2018, ROL N° 260-2018.

2. Corte Suprema (CS):

- CS, 1 de julio de 2010, ROL N° 4472-2010.
- CS, 4 de enero de 2013, ROL N° 7461-2012
- CS, 12 de enero de 2015, ROL N° 692-2015
- CS, 01 de Julio de 2015, ROL N° 8116-2015.
- CS, 28 de julio de 2015, ROL N° 9230-15
- CS, 20 de enero de 2016, ROL N° 3748-16.
- CS, dos de agosto de 2016, ROL N° 46.488-16.
- CS, 02 de enero de 2018, ROL N° 45.402-17.
- CS, 02 de enero de 2018, ROL N° 45863-2017.
- CS, 30 de mayo de 2018, ROL N°10834-2018

III. JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Penal Miguel Castro con Perú, sentencia 25 de noviembre del 2006, [En línea] Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf> [consulta: 16 de marzo de 2017].>

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Instituto de Reeducción del Menor” con Paraguay; sentencia 2 de septiembre del 2004, [En línea] Disponible en:<http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_112_esp.pdf>[consulta: 16 de marzo d 2017].>

ANEXO JURISPRUDENCIAL.

I. ACCIONES CONSTITUCIONALES RELATIVAS A LA LA LIBERTAD CONDICIONAL.

1. Recurso de protección.

En una serie de sentencias nuestros Tribunales Superiores de Justicia se han debido pronunciar acerca de la falta de fundamento de los actos administrativos que se pronuncian acerca de la concesión o revocación del beneficio, lo que implicaría una vulneración a la garantía constitucional establecida en el artículo 19. N°2 de la CPR, que ampara la igualdad ante la ley. Tras estos pronunciamiento subyace la idea que si bien la concesión o denegación de la Libertad condicional se enmarca dentro de las facultades discrecionales de la administración, lo anterior no significa que deba adoptarse esta decisión de forma arbitraria, puesto que eso significaría que se estaría permitiendo que ciertos órganos de la Administración del Estado actúen fuera de los márgenes del derecho (Corte de Apelaciones de Valparaíso, 23 de enero de 2012, ROL N° 915-2011, considerando 8 a 10). El ejercicio de estas potestades administrativas debe estar sometido a exigencias, parámetros y límites, de tal forma que la discrecionalidad no se transforme en sinónimo de arbitrariedad. En efecto, los actos discrecionales son actos jurídicos administrativos que necesariamente deben ser motivados para efecto que se cumpla lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 19880, que contiene el denominado principio de imparcialidad (Corte de Apelaciones de la Serena, nueve de septiembre de 2008, ROL 652-2008, considerando sexto; Corte de Apelaciones de Concepción nueve de septiembre de 2008, ROL 313-2008). Es por esta razón que el acto administrativo debe señalar los hechos y fundamentos de derecho en que se sustenta siempre que el acto vaya a afectar los derechos de los particulares, ya sea porque prive, perturbe o amenace el legítimo derecho de ellos. Es así que se ha entendido que la

exposición de los motivos implica que “(...) toda fundamentación ha de contener los hechos que se dan por establecidos, el sentido o inteligencia dado a la norma que se aplica, la calificación jurídica de los hechos y las razones que llevan a la Administración a no considerar los alegatos esgrimidos por el interesado a fin de desvirtuar las imputaciones hechas por la Administración. La Administración está obligada a plasmar en él, el análisis de lo expuesto por el particular y el porqué lo rechaza o lo admite. A ello se debe agregar que si al dictar el acto se han tenido a la vista informes negativos es necesario consideraciones que destruyan fehacientemente estas opiniones consultivas previas” (considerando 5°, de sentencia de 30 de junio de 2009 de la Corte de Apelaciones de Temuco, Rol N° 691-2009). En definitiva, toda decisión que se adopte acerca de la denegación de la libertad condicional que carezca de motivación va a estar viciada de nulidad de derecho público, conforme a lo dispuesto en el artículo 6 y 7 de la Constitución Política, por lo que se va a tener que dejar sin efecto.

2. Recurso de amparo.

El recurso de amparo se ha utilizado para solicitar que se deje sin efecto las resoluciones adoptadas por la Comisión de Libertad que rechaza la concesión del beneficio por considerar que esa decisión no se apega a la normativa vigente (adicionando requisitos no previstos por el legislador), lo que torna en ilegal y arbitraria la privación de libertad de los recurrentes. Así en un fallo de 01 de julio de 2015, La Corte Suprema concede el beneficio por considerar que no se ajusta a derecho que se rechace el otorgamiento de este beneficio por no haber gozado previamente el interno de beneficios intrapenitenciarios. En el considerando tercero se señala que el otorgamiento de este beneficio “(...) sólo puede ser desestimado por razones objetivas y claramente comprobadas y no por criterios de presunciones que en el presente caso, no se indican expresamente y que por ello devienen ilegales” (ROL 8116-2015). Por idénticos motivos, en un fallo de 20 de enero de 2016, ROL N° 3748-16, concedió el beneficio a un interno, señalando, en su considerando tercero, “que, como se aprecia, el rechazo del beneficio de la libertad condicional se sustenta en una situación no contemplada en la ley, sin expresar

fundamento claro, lo que atenta contra el debido proceso administrativo a que tiene derecho el condenado y, por cierto, lo priva de un derecho que le es propio y esencial, atendida su condición, lo que permite acoger la acción deducida”⁴⁴⁹.

En un fallo posterior, del dos de agosto de 2016, nuestro máximo tribunal vuelve a conceder el beneficio a un interno que se lo habían denegado por un informe psicológico desfavorable. En su considerando tercero establece “que el contar con un informe social y psicológico en cuyas conclusiones se aconseje por los profesionales que lo elaboran que se otorgue el beneficio de libertad condicional al postulante, no constituye un extremo previsto en la ley para acceder al mismo, sin perjuicio que, además la Comisión recurrida no ha precisado qué requisito de aquellos previstos en el artículo 2° del DL N° 321 deja de cumplir el amparado en la especie ante tal informe desfavorable, resultando equivocada la remisión al artículo 1° del mismo cuerpo legal, dado que éste no establece ningún requisito adicional, sino sólo define en qué consiste el beneficio y su finalidad”(ROL N° 46.488-16). Por las mismas razones, la Corte de Apelaciones de Santiago, en un fallo del 14 de diciembre de 2017, ROL N°3220-2017, tuvo a favor de la Comisión de Libertad Condicional de rechazar el beneficio a un recluso, por el informe psicosocial desfavorable, señalando que con esa decisión la Comisión no había incurrido en ningún acto que pueda considerarse como arbitrario e ilegal y que “(...) decidir de modo diverso importaría sustituirse en las atribuciones que son propias de la Comisión de Libertad Condicional y que el legislador ha entregado precisamente a este órgano” (considerando sexto.). Este fallo fue adoptado con el voto disidente de la ministra Jenny Book Reyes, quien señala, teniendo en consideración el criterio seguido por la Corte Suprema, que estos informes sólo deben tomarse en consideración si los rasgos morales o psicológicos desfavorables de los postulantes se han manifestado o evidenciado, en conductas concretas, durante el cumplimiento de la condena en el establecimiento penitenciario, pero no si sólo se mantiene en su fuero interno, puesto que en estos casos la denegación no se fundaría en aspectos objetivos susceptibles de ser apreciados externamente sino que sólo en

⁴⁴⁹ Se plantea lo mismo en fallo de la Corte Suprema de 04 de agosto de 2015, ROL N° 9898-2015.; 28 de enero de 2016, causa ROL N° 15-2016; 08 de marzo de 2016, causa ROL N° 16.612.

apreciaciones subjetivas. Apelada esta resolución, la Corte Suprema, en fallo de 02 de enero de 2018, ROL N° 45.402-17, vuelve a conceder el beneficio, sosteniendo que, si bien el mero cumplimiento de los requisitos objetivos del artículo 3 del DL N° 321, no impone a la Comisión el deber de otorgar la libertad condicional, sí debe ésta decidir fundadamente la solicitud, puesto que “(...) el carácter facultativo de esa determinación no importa que la misma pueda adoptarse descuidando el deber de motivarla adecuadamente, deber que no se cumple en la resolución impugnada, la que entrega fundamentos genéricos en relación a diversos condenados...”(considerando tercero). Concluye que dado que la Comisión ha ejercido su facultad de negar la libertad condicional de manera infundada, se ha privado ilegalmente al interno recurrente de recuperar, condicionalmente, su libertad ambulatoria (considerando quinto)⁴⁵⁰.

II. ACCIONES CONSTITUCIONALES RELATIVAS A LAS CONDICIONES CARCELARIAS

1. Recurso de protección.

El primer recurso de protección que debemos destacar es el que presenta la Fundación Paternitas a favor de los internos reclusos en el interior de la calle 11 del CDP Santiago Sur el año 2006 y en contra del Director Nacional de Gendarmería y el Ministerio de Justicia. A partir de informes de la Fiscal de la Corte Suprema y del séptimo juzgado de Garantía de Santiago relativo a la calle 11, la Fundación toma conocimiento que los internos duermen en la intemperie, en carpas y frazadas hechas por ellos, sin camas, en condiciones de insalubridad y hacinamiento que les impide un adecuado desplazamiento. Los informes de las autoridades recurridas, junto con atacar la extemporaneidad del recurso y la falta de legitimación de la Fundación, se concentran en señalar que el hacinamiento carcelario es un problema histórico de nuestro sistema de ejecución penal que deriva del déficit en la infraestructura carcelario. Se indica que las políticas públicas han ido encaminada a solucionar ese problema a través de la construcción de nuevos recintos, aumento del

⁴⁵⁰ Mismo razonamiento es adoptado por la Corte Suprema el 08 de enero de 2018, causa ROL N° 77-18

presupuesto anual de la Nación a Gendarmería de Chile y reparaciones y mejoras realizadas en los recintos existentes, como ocurrió con la calle 11. La Corte de Apelaciones de Santiago, en un fallo del quince de enero de 2007, ROL N° 3333-2006, rechaza el recurso, entre otras razones, por considerar que las situaciones descritas en el recurso no son coyunturales sino que se arrastran históricamente y que si bien al Estado le corresponde mejorar las condiciones carcelarias, se debe tener en consideración que las necesidades de un país en vías de desarrollo son múltiples y que los recursos con los que cuenta el país son limitados, por lo que le corresponde tanto al Gobierno como al Congreso priorizar y fijar las políticas públicas generales o sectoriales (considerando segundo). Este fallo fue aprobado con el voto disidente de la Ministra Rosa María Maggi, quien estuvo a favor de acoger el recurso por considerar que, más allá de los esfuerzos que realiza el gobierno para mejorar las condiciones carcelarias, la extraordinaria gravedad de la situación en que se encontraban los reclusos de la calle 11, no permitían esperar los resultados de una política pública de largo plazo, sino que requería la adopción de medidas de emergencia para el resguardo de la integridad física y psíquica de los internos, conforme a lo dispuesto en el artículo 19 N° 1 de la CPR y en normas internacionales que regulan la materia (cita las Reglas Mínimas para el tratamiento de los Reclusos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). A juicio de la Ministra “(...) la administración se encuentra obligada a respetar las condiciones mínimas que deben ser observadas para que los reclusos no vivan en condiciones carcelarias como las denunciadas, de manera que su conducta omisiva, por transgredir las normas que la Constitución, los tratados internacionales y las leyes le impone, resulta ilegal, atenta contra la garantía constitucional prevista en el número 1° del artículo 19 de la carta fundamental y justifica la interposición de los recursos”.

El segundo recurso de protección al cual nos referiremos también es del año 2007. Se interpone a favor de un imputado sujeto a prisión preventiva que se encontraban recluido en el Módulo 10 del Centro Penitenciario El Manzano, Concepción, al cual se le aplica el mismo régimen jurídico que a los condenados. En cuanto a las condiciones carcelarias, se señala que producto de una infracción disciplinario fue trasladado por siete días a una celda de castigo que carecía de

baño, que pese a su pequeño tamaño se encontraban en ella siete internos más y que la alimentación consistía en un plato de comida en pésimas condiciones y un pan duro. El informe de los recurridos (Director Nacional y Regional de Gendarmería y Ministro de Justicia) se funda principalmente en que se están implementando políticas públicas de mejoramiento de la infraestructura carcelaria. La Corte de Apelaciones de Concepción en un fallo del veintiuno de agosto de 2007, ROL N° 259-2007, rechaza el recurso al sostener que la situación deficitaria al interior de los recintos penitenciarios se arrastra por años y que es de público conocimiento las diversas políticas que ha implementado el ejecutivo para mejorar las condiciones carcelarias. En este sentido se señala que las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, establecen deberes programáticos o directrices políticas que se imponen a los Estados, que constituyen obligaciones de ejecución progresivas en el tiempo que se irán cumpliendo de acuerdo a los recursos económicos de cada Estado. Por lo demás, se sostiene que al Ministerio de Justicia le corresponde la formulación de políticas, planes y programas respecto al tratamiento penitenciario y la rehabilitación del reo y que es un principio constitucional que a los tribunales de justicia les está prohibido mezclarse en las atribuciones de otros poderes del Estado (artículo 7, inciso segundo de la CPR y 4 del COT). En definitiva, es atribución del Gobierno en conjunto con el Congreso priorizar y fijar las inversiones prioritarias.

2. Recurso de amparo.

En octubre del año 2002 se interpone un recurso de amparo a favor de un interno que se encontraba recluido en la Centro de Detención Preventiva Santiago Sur y que había sido sancionado a la celda de aislamiento por una infracción disciplinaria. En la acción se señala que la celda de castigo es pequeña, sin luz ni ventilación adecuada, que se encuentran varios internos dentro de ella, que es un recinto extremadamente frío en el invierno y sofocante en el verano, por lo que no se cumple con el trato humanitario que se establece en el Reglamento. Con ello, a juicio del recurrente, se vulnera la seguridad del interno y lo dispuesto en el artículo 19 N° 7 de la CPR, puesto que con las condiciones de encierro se ataca el germen de derecho a la libertad personal del individuo, sometiéndolo a tratos inhumanos,

degradantes y coartándolo de toda posibilidad de poder ejercer sus derechos constitucionales. En el informe de la parte recurrida (Director Nacional de Gendarmería) se señala que las celdas de aislamiento y castigo habían sido recientemente remodeladas y que contaban con luz natural y artificial, con adecuada ventilación, con camarotes y con servicios higiénicos en su interior. La Corte de Apelaciones, para mejor resolver, decreta la inspección del Tribunal a las dependencias del recinto penitenciario (a cargo de un abogado integrante y del secretario del sexto juzgado del crimen) y en dicha visita a las celdas de castigo se establece que dichos recintos, aunque sean de castigo, “(...) violan el derecho constitucional a la integridad física y psíquica de los reclusos en ellos encerrados, por cuanto el hecho de introducir a más de uno de ellos en un espacio pequeño de por sí, trae como consecuencia un hacinamiento inaceptable que duplica el castigo de estar alejado del resto de la población penal...”. Se vulnera, además con ello, lo dispuesto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos que en su artículo 5 N° 2 establece que “toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”. Se infringe también lo dispuesto en el artículo 81 del Reglamento Penitenciario que se refiere a cumplir el castigo en celda solitaria, lo que en este caso no se cumpliría. Por todas estas razones La Corte de Apelaciones de Santiago, en fallo de veintiocho de octubre de 2002, ROL N° 56616-2002, acoge el recurso de amparo, ordenando que Gendarmería dé cumplimiento a lo dispuesto en la norma reglamentaria precedente y que además se abstenga de imponer la sanción de aislamiento en celda solitaria mientras no disponga de medidas materiales para encerrar individualmente a los internos.

El año 2009 le corresponde nuevamente a la Corte de Apelaciones de Santiago pronunciarse acerca de un recurso de amparo interpuesto a favor de 22 reos que permanecían aislados y en estado deplorable en celdas de castigo en el Centro de Cumplimiento Penitenciario Colina II. Para efecto de constatar de los hechos denunciados en la acción constitucional la Corte dispuso como medida para mejor resolver que uno de sus ministros se constituyera en el Centro Penitenciario. Esta visita se realizó de manera sorpresiva dirigiéndose directamente el Ministro al Pabellon N° 16 donde se encuentran las celdas de aislamiento y castigo. En el acta

de la visita el Ministro pudo apreciar que los internos se encontraban en condiciones absolutamente deplorables e inhumanas, incompatibles con ninguna clase de pena o castigo que los internos hayan merecido de los Tribunales de Justicia. En el fallo que acoge este recurso, de fecha 9 de agosto de 2009, ROL N° 2154-2009, la Corte sostiene que si bien Gendarmería no cuenta con los recursos económicos ni el personal necesario para atender adecuadamente las necesidades de los internos, lo cierto que esa escasez de bienes humanos y materiales no sirve para excusar a la Autoridad Penitenciaria, debido a que la Corte constata que las condiciones carcelarias están por debajo del mínimo de lo humanamente aceptable (considerando décimo), sosteniendo, más adelante, que “el castigo inhumano del recluso, aun temporal, es contrario a toda esperanza de reinserción” (considerando décimo tercero).

Cabe, por último, destacar un fallo reciente de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 9 de abril de 2018, ROL N° 359-2018, que acoge un recurso de amparo interpuesto por el Instituto Nacional de Derechos Humanos, a favor de 97 internos recluidos en el Centro de Cumplimiento Penitenciario de Colina I, los cuales, por una serie de desperfectos técnicos, sólo tenían acceso a agua potable por un par de horas en la mañana. En este pronunciamiento la Corte de Apelaciones sostuvo, en su considerando décimo, que “[...] en el caso de personas que se encuentren en un recinto carcelario, privados de libertad, por un acto delictual, no puede ser motivo para socavar su dignidad, privándoles de un elemento tan esencial como es el agua, además dejándolos expuestos a enfermedades e infecciones, por la falta de aseo personal, suciedad de recintos, es decir en condiciones inadecuadas de habitabilidad. El estado, como ha señalado la Corte Interamericana de derechos Humanos, “debe asumir un rol de garante frente al que esta privado de libertad”, y desde esa óptica tiene responsabilidad frente a las vulneraciones de que pueden ser objeto los reclusos”. Se sostiene que no es óbice para que se acoja el recurso que los hechos que lo motivaron ya hayan cesado, puesto que si la ilegalidad ha existido, el amparo debe ser acogido para los efectos de declarar la existencia de la infracción y hacer uso de las facultades disciplinarias del tribunal, o de las medidas que se

indican en los artículos 311 y 313 del Código de Procedimiento Penal (considerando décimo segundo).

III. ACCIONES CONSTITUCIONALES RELATIVAS A LOS TRASLADOS.

1. Recurso de protección.

Debemos destacar el recurso de protección interpuesto, el año 2012 ante la Corte de Apelaciones de Rancagua, a favor de un interno que es trasladado de la cárcel de Rancagua al penal de la ciudad de Concepción, sin que se conozcan los motivos de esa decisión que impediría a su familia visitarlo. En el informe elaborado por el Director Regional de Gendarmería se señala que se autorizó el traslado del interno en el contexto de un plan de descongestionamiento de los recintos penitenciarios elaborado por el Ministerio de Justicia que pretendía descongestionar los establecimientos de la zona centro trasladando a los internos a otras plazas disponibles en el resto del país. Es por esta razón que se decide trasladar al recurrente. La Corte de Apelaciones de Rancagua en fallo del 25 de septiembre de 2012, ROL N° 1000-2012, acoge el recurso, porque si bien se reconoce que el artículo 6 N° 12 del DL 2859, concede al Director nacional la facultad de disponer el traslado de los internos, lo cierto que el ejercicio de esa potestad, tal como lo establece el artículo 28 del RP, requiere la dictación de una resolución fundada, que justifique la adopción de la medida. Se sostiene que en este caso en particular no se contó con un informe técnico que otorgara fundamentos a la decisión impugnada que contuviera datos relativos al grado de congestión de los recintos carcelarios de la región y que explicará la razón de por qué dentro de ese plan de descongestionamiento era necesario trasladar a ese interno y no a otros y por qué se requería mandarlo a Concepción y no a otra ciudad distinta. Todo lo anterior, a juicio de esta Corte, transforma a la decisión de Gendarmería en arbitraria puesto que afecta la integridad síquica del recluso y porque lo aleja de su familia sin una justificación atendible.

Apelado este fallo la Corte suprema, en fallo del 4 de enero de 2013, ROL N° 7461-2012, revoca la sentencia, por considerar que la autoridad penitenciaria había

actuado dentro de sus facultades y conforme a la normativa vigente, por lo que no se había incurrido en ningún acto ilegal o arbitrario que pudiera afectar las garantías del recurrente. Se señala que “(...) la decisión de la recurrida se enmarca en la obligación legal de determinar los establecimientos en que los condenados deben cumplir sus penas, evitando los riesgos que el hacinamiento carcelario produce en la población penal. De este modo, lo que la recurrida hizo fue buscar cuál de los centros existentes en el país permiten al recurrente cumplir su condena con dignidad, evitando riesgos innecesarios a su integridad física”.

2. Recurso de amparo.

Debemos destacar el recurso de amparo interpuesto a favor de un interno que, tras una riña, fue trasladado intempestivamente del CPP de San Antonio al CPP de Valparaíso sin que se le hayan comunicado las razones del traslado ni notificado la resolución que lo ordenaba y sin que además se hubiese elaborado un informe técnico que justificara la medida. En vista de lo anterior, se solicita audiencia ante el Juzgado de Garantía de San Antonio el que, en base al informe de factibilidad de traslado ordenado a Gendarmería, falla en contra del interno que solicita su regreso al centro penitenciario de San Antonio. Frente a esta decisión se recurre de amparo en contra de Gendarmería por omitir el cumplimiento de la legalidad de la medida de traslado y contra el juez de garantía por no haber ejercido su deber de controlar los actos de la Administración del Estado. En fallo del 23 de diciembre de 2014, ROL N° 1490-2014, la Corte de Apelaciones de Valparaíso rechaza el recurso por considerar, en base a los informes del Juez de juzgado de garantía de San Antonio y de Gendarmería, que el traslado se encontraba justificado, que es facultad del Director Nacional de Gendarmería determinar los establecimientos en que los condenados deben cumplir sus penas y disponer los traslados y, por último, que es la una facultad exclusiva de gendarmería pronunciarse acerca de la solicitud de traslado⁴⁵¹. Este fallo es revocado por la Corte Suprema el 12 de enero de 2015,

⁴⁵¹ El argumento que la determinación de los recintos penitenciarios, así como los traslados, es una potestad exclusiva de Gendarmería de Chile y, que por lo tanto no es revisable por los órganos jurisdiccionales, ha sido adoptada en reiterados pronunciamientos por nuestros Tribunales Superiores de Justicia, así Corte de Apelaciones de Concepción, ROL N° 25-2007; Corte de Apelaciones de

ROL N° 692-2015, por considerar que al momento de verificarse el traslado no se había elaborado el informe técnico que tiene por función primordial eliminar cualquier grado de arbitrariedad en el ejercicio de las funciones que la Ley le reconoce a Gendarmería de Chile en el ejercicio de sus funciones. De esta forma se considera que el traslado de que fue objeto el amparado resulta del todo inmotivado al no cumplirse con la exigencia de fundamentación que requiere el artículo 28 del REP. En el considerando quinto se termina señalando que "(...) no resulta plausible reducir el examen de dichas actuaciones a la mera constatación de la existencia de facultades legales para adoptar las determinaciones que se revisan; de contrario, a los tribunales de justicia llamados a conocer de estos hechos les correspondía analizar el mérito de las decisiones administrativas que puedan afectar las garantías constitucionales de libertad personal y seguridad individual del amparado, y habiéndose establecido que las resoluciones cuestionadas a través de esta acción constitucional son infundadas, no queda sino acoger el recurso".

IV. ACCIONES CONSTITUCIONALES RELATIVAS A LOS MALOS TRATOS Y TORTURAS.

El motivo de la interposición de estos recursos es que los funcionarios de gendarmería, fuera del régimen disciplinario formal, suelen incurrir en malos tratos contra los reclusos, como golpes, amenazas o agresiones verbales, para efectos de intimidarlos. A continuación revisaremos algunos fallos:

1. Recurso de protección.

Esta acción constitucional no ha sido el medio más idóneo para reclamar las torturas o malos tratos que parte de la población penal sufre o ha sufrido a manos de los funcionarios de gendarmería debido a que nuestros tribunales superiores de justicia, por las razones que explicitaremos a continuación, suelen fallar en contra de los recurrentes.

Santiago, ROL N° 3825-2009; Corte de Apelaciones de Santiago, ROL N° 75-2011; Corte de Apelaciones de Santiago, ROL N° 3-2011. En todos estos casos se rechaza los recursos de amparos interpuestos a favor de los internos.

El principal motivo para desestimar estas acciones es la falta de prueba para acreditar los hechos en que se sustenta el recurso. Como se observa en estos fallos, los recurrentes no suelen aportar al procedimiento los medios de prueba necesarios y suficientes para acreditar los malos tratos, el recurrido niega los hechos y, los Tribunales no hacen uso de las potestades indagatorias que se les reconoce en el auto acordado que regula la tramitación del Recurso, que les permite decretar todas las diligencias que estime necesarias para el esclarecimiento de los hechos (art. 5), confiriéndole además, a la hora de fallar conforme a las reglas de la sana crítica, una mayor preponderancia y peso a lo que se señala en los informes del recurrido y la prueba instrumental que se acompaña conjuntamente con esta presentación. Resulta paradigmático, en este sentido, el recurso interpuesto en diciembre de 2007 por tres internos que cumplían pena en el Centro de Cumplimiento Penitenciario de Concepción, los que fueron víctimas de violencia física y psicológica por parte de funcionarios de gendarmería, luego de haber realizado movimientos pacíficos destinados a poner fin a los malos tratos que sufren y a obtener beneficios penitenciarios. En el informe presentado por el Director Regional de Gendarmería se niegan los hechos que se describen en el recurso y se acompañan documentos, firmados por los propios internos recurrentes, en que niegan la existencia de malos tratos físicos y verbales. La Corte de Apelaciones de Concepción, en su pronunciamiento del 18 de enero de 2018, ROL N° 657-2007, rechaza la acción por considerar “que las aseveraciones del recurrente constituyen meras elucubraciones de su parte, carente de todo sustento fáctico. En efecto una situación como la descrita, exige una acreditación razonablemente cierta en cuanto a la forma en que se produjeron los hechos y, en la especie, las conductas imputadas a Gendarmería no sólo no están probadas, sino que son contradichas por los presuntos afectados...”⁴⁵².

⁴⁵² Otras sentencias que rechazan, por falta de prueba aportada por los recurrentes para sustentar las pretensiones fácticas en que se sustentan sus acciones, son el de la Corte de Apelaciones de Santiago, ROL N° 1952-2001; Corte de Apelaciones de Santiago, ROL N° 4669-2002; Corte de Apelaciones de Concepción, ROL N° 4557-2004; corte de Apelaciones de Arica, ROL N° 136-2004; Corte de Apelaciones de Antofagasta, ROL N° 408-2004; Corte de Apelaciones de Punta Arenas, ROL N° 71-2005; Corte de Apelaciones de Santiago, ROL N° 6168-2006; Corte de Apelaciones de Concepción, ROL N° 658-2007; Corte de Apelaciones de Valparaíso, ROL N° 342-2008.

En otro grupo de fallos, los recursos se rechazan por considerar que Gendarmería dentro de sus esferas de atribuciones, ajustado a los márgenes legales y reglamentarios y con la debida prudencia y proporcionalidad. Dentro de estas sentencias debemos destacar la dictada el 28 de diciembre de 2007, por la Corte de Apelaciones de Concepción, ROL N° 522-2007. Los hechos son los que siguen. En una ronda de vigilancia efectuada por la Alcaide del Complejo Penitenciario de Concepción, internos no identificados del Módulo 3, gritaron insultos y groserías en su contra. De acuerdo a los hechos contenidos en el Recurso al día siguiente un grupo de Gendarmes ingresa a este Módulo golpeando con elementos contundentes a una serie de internos. En el informe del Director Regional de Gendarmería de BioBío, se señala que esos golpes se produjeron debido a que los internos se resistieron a un allanamiento de rutina, agrediendo al personal de gendarmería, por lo que éstos tuvieron que reducir a los reclusos mediante el uso racional de la fuerza. En el fallo, la Corte de Apelaciones señala que la prueba aportada por la parte recurrente no es suficiente para acreditar los hechos (sólo acompañan un publicación de un periódico local), fundando su decisión en los hechos contenidos en el Informe del recurrido, lo que, de acuerdo a las reglas de la sana crítica le lleva a concluir que “(...) más bien puede sostenerse que el daño físico fue ocasionado por el uso racional de fuerza por parte del personal del penal, de acuerdo a la situación que se produjo en los días señalados, de agresión de los internos a los funcionarios que realizaban procedimientos reglamentarios, en que la conducta desplegada obedece a reducirlos o aplacarlos para mantener la seguridad de ellos mismos y del establecimiento penitenciario, en cumplimiento de obligaciones expresas que les impone el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios. Por ello, no puede estimarse que se incurrió en un acto de autoridad abusivo o de fuerza innecesaria, sino que aparecen como el resultado de un procedimiento reglamentario”⁴⁵³.

Pese a lo anterior, en algunos casos se ha terminado por acoger los respectivos recursos de protección. Es lo que ocurre con el fallo de la Corte de Apelaciones de 7 de diciembre de 2012, ROL N° 1449-2012, en que se pronuncia

⁴⁵³ Otros fallos que sostienen que el actuar de Gendarmería se enmarca dentro de sus atribuciones y límites legales y reglamentarios: Corte de Apelaciones de Santiago, ROL N° 5787-2000; Corte de Apelaciones de Valdivia, ROL N° 946-2005; Corte de Apelaciones de Arica, ROL N° 99-2008.

acerca de un recurso de protección interpuesto a favor de los internos del Centro de Cumplimiento Penitenciario Antofagasta que habían sido objeto de malos tratos por Gendarmería. La Corte, que ya se había conocido de los mismos hechos a través de un recurso de amparo presentado por el mismo abogado (ROL N° 49-2012), acoge la acción sosteniendo que la fuerza empleada por Gendarmería excede lo racionalmente requerido para la mantención y el restablecimiento del orden en el recinto penal, poniendo en riesgo la integridad física y psíquica de los penados, lo que implica una vulneración a la garantía contenida en el artículo 19, N°1, de la CPR. Se sostiene, además, que no obsta a la interposición del recurso que los hechos ocurridos sean pretéritos, puesto que la Jefatura de Gendarmería de Chile tiene la obligación de atenerse en todo momento a lo establecido en la legislación y reglamentación vigente en relación al manejo de situaciones y su relación con la población penal. Es por ello que termina la sentencia señalando que la Administración Penitenciaria, tendrá que adoptar todas las medidas que sea necesarias para que en el futuro las relaciones entre e los funcionarios de Gendarmería y los penados se lleven a efecto de acuerdo a los cánones establecidos en la legislación y con respeto a los compromisos internacionales vigentes contraídos por nuestro país.

2. Recurso de amparo.

Por esta vía nuestros tribunales superiores de justicia se han más mostrado más 44proclives a acoger las acciones interpuestas por los internos frente a mal tratos sufridos por funcionarios de Gendarmería⁴⁵⁴.

Un fallo que merece ser destacado es el dictado por la Corte de Apelaciones, el 23 de diciembre de 2013, ROL N° 174-2013, no sólo por los razonamientos que realiza sobre la materia en sus considerandos sino por las evidentes trabas que realiza la Administración Penitenciaria frente a la denuncia de un interno frente a las

⁴⁵⁴ Así Corte de Apelaciones de Antofagasta, ROL N° 42-2012; Corte de Apelaciones de Santiago, ROL N° 148-2013, confirmado por sentencia de la Corte Suprema, ROL N° 14282-13; Corte de Apelaciones de Santiago, ROL N° 156-2013, confirmada por la Corte Suprema, ROL 15266-13; Corte Suprema, ROL N° 4321-2013, revocando sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, ROL 83-2013; Corte de Apelaciones de Chillán, ROL N° 79-2014; Corte Suprema, ROL N° 18852-15; Corte de Apelaciones de Concepción, ROL N° 124-2016;

lesiones ocasionadas por un Gendarme. Los hechos son los que siguen. Un interno, mientras se encontraba formado en una fila, sufre una serie de golpes de un Gendarme al que había denunciado previamente por hostigamiento. La madre del interno solicita, primero al Alcaide del Centro de Cumplimiento Penitenciario de Concepción y, luego al Director Regional, la posibilidad de ingresar al recinto con una cámara fotográfica para poder sacar fotos a las lesiones, pero recibe de las dos autoridades una respuesta negativa. Se le indica que para ello va tener que solicitar autorización ante el respectivo juez de garantía. Además que ya se había iniciado una investigación interna y que se había trasladado al interno a otro módulo. Dos días después se la autoriza por el juez de garantía para ingresar y obtener fotografías de las lesiones. Por la misma agresión se presenta un recurso de amparo. En su informe, el Director Regional de Gendarmería de BioBio, solicita que se rechace la demanda puesto que no existen antecedentes o pruebas que permitan presumir que el funcionario de Gendarmería hubiese agredido al amparado. La corte de Concepción, teniendo en consideración, las fotografías acompañadas con el recurso, concluye que esas lesiones sí existen y que se puede inferir razonablemente que fueron causadas por funcionarios de gendarmería. Señala que Gendarmería de Chile, en representación del Estado, es garante de la seguridad individual de toda persona que se encuentre bajo su custodia, lo que se desprende de los artículos 1, 3 y 15 del DL N° 2859 y de los artículos 1 y 6 del Reglamento Penitenciario. De la lectura de estos preceptos se concluye, en el considerando quinto, que el Estado “(...) se ha impuesto un deber especial de custodia sobre las personas privadas de libertad, atendido su evidente estado de desprotección, obligándose constitucional, legal y reglamentariamente a proteger sus derechos fundamentales, siéndole por los demás imposible proceder de otro modo, ya que “está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, según lo ordena el artículo 1° inciso cuarto de la Constitución Política de la República””, lo que además estaría refrendado por tratados internacionales suscritos por nuestro país y que tendrían un rango supra legal⁴⁵⁵.

⁴⁵⁵Cabe señalar que en un fallo de la Corte de Apelaciones de Iquique de 5 de octubre de 2015, ROL N° 135-2015, se le resta eficacia probatoria a las fotografías sacadas por un periodista de la Defensoría Penal Pública de las lesiones sufridas por un grupo de internos por los gendarmes, al

En aquellos casos en que se ha acogido el recurso de amparo nuestros tribunales superiores de justicia han ordenado que se adopten algunas de las siguientes medidas para restablecer el imperio del derecho: a) Que Gendarmería adecue sus protocolos como sus actuaciones a lo establecido en las leyes, en la Constitución y en los tratados internacionales de derechos humanos y, en especial, a lo dispuesto en la Convención contra la Tortura; b) Que Gendarmería adopte las medidas necesarias para evitar que se repitan actos que atenten contra la libertad personal y la seguridad individual de los internos; c) Que se inicie una investigación administrativa y en algunos casos que ésta sea remitida al tribunal superior que haya conocido del recurso de amparo; d) Que el o los funcionarios de Gendarmería involucrados en la agresión sean trasladados a otros módulos o centros penitenciarios; e) Que Gendarmería cautele la integridad física de los internos amparados, garantizándoles un trato digno y dando estricto cumplimiento a lo establecido en la ley y en la Constitución Política de la República.

Cabe mencionar, por último, algunos pronunciamientos de nuestros tribunales superiores de justicia en los que se han rechazado los recursos de amparo.

En un primer caso, la Corte de Apelaciones de Arica, en un fallo del 13 de julio de 2015, ROL N° 79-2015, rechaza el recurso de amparo interpuesto por el Instituto Nacional de Derechos Humanos a favor de tres internos que se encontraban recluidos en el Centro de Cumplimiento Penitenciario de Arica, que sufren lesiones de diversa gravedad tras iniciar una protesta por la falta de electricidad que tuvo que ser controlada por los funcionarios de Gendarmería. A entender de la Corte de Arica hubo un uso racional de la fuerza por parte de los funcionarios de Gendarmería puesto que se verificaron en este caso los cuatro principios fundamentales que se requieren para ello (oportunidad, proporcionalidad, legalidad, rendición de cuentas). La Corte Suprema, en fallo del 28 de julio de 2015, ROL N° 9230-15, confirma la sentencia apelada, pero con el voto disidente del Ministro Sr. Cerda quien estuvo por revocarla y acoger el amparo por considerar, entre otras razones, que “las

considerar que no detenta la calidad de ministro de fe y porque además no existe indicio alguno que permita vincularla causalmente al actuar de personal de Gendarmería. La Corte Suprema, en un fallo de 29 de octubre de 2015. ROL N° 18852-15, desestima el razonamiento anterior, señalando que esas fotografías, permiten en sede cautelar, tener por acreditado las lesiones sufridas por los recurrentes, por lo que termina por revocar el fallo apelado y acoge el recurso de amparo.

atribuciones directivas de Gendarmería de Chile en los recintos carcelarios jamás habrán de rebasar el límite de la integridad física de los internos”.

En un segundo caso, la Corte de Apelaciones de Santiago, en un fallo del 20 de diciembre de 2017, ROL N° 3288-2017, rechaza la acción constitucional interpuesta a favor de un interno del Centro de Cumplimiento Penitenciario Colina II que fue golpeado por Gendarmería de Chile, fundándose en que Gendarmería había remitido los antecedentes al Juzgado de Garantía de Colina, por lo que “(...) queda de manifiesto que los hechos que sirvieron de fundamento al recurso están siendo conocidos por el tribunal de garantía correspondiente, que será el llamado a decidir sobre las eventuales ilegalidades que se hubieren cometido en el actuar de funcionarios de Gendarmería, no resultando entonces procedente que por esta vía constitucional pudiera hacerse alguna declaración al respecto, lo que se constituye en motivo suficiente para el rechazo del recurso” (considerando cuarto). Esta sentencia fue confirmada por la Corte Suprema el 02 de enero de 2018 (ROL N° 45863-2017).

En un tercer caso, la Corte de Apelaciones de Valparaíso, en un fallo del 17 de mayo de 2018, ROL N° 260-2018, rechaza un recurso de amparo interpuesto a favor de un interno que recibe una golpiza por parte de un gendarme mientras se encontraba en la Unidad de Psiquiatría Forense Transitoria, fundándose en que se encuentra en curso un sumario interno a cargo de la Autoridad Penitenciaria y porque los antecedentes fueron remitidos al Ministerio Público, siendo ésta la entidad a quien le corresponde investigarlos. Sin embargo esta sentencia fue revocada por la Corte Suprema el 30 de mayo de 2018, ROL N°10834-2018, al sostener, en su considerando cuarto “que, si bien se ha instruido una investigación sumaria por los hechos antes reseñados y se han comunicados éstos al Ministerio Público, tales medidas no obstan la procedencia de esta acción constitucional a fin de declarar la ilegalidad de esa actuación por constituir un atentado a la seguridad individual del amparado, así como para adoptar las medidas necesarias para restablecer el imperio del derecho e impedir que tal ilícito se reitere contra el recurrente o contra terceros que se encuentren en las mismas condiciones”.

V. APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DISCIPLINARIO Y EN PARTICULAR DE LA SANCIÓN DE AISLAMIENTO E INTERNACIÓN EN CELDA SOLITARIA.

Una de las causales más frecuentes de interposición de las acciones constitucionales dice relación con la aplicación en contra de los internos de sanciones disciplinarias y, en particular, la de celda de aislamiento.

1. Recurso de protección.

Cabe destacar el recurso de protección interpuesto en junio de 2010 a favor de un imputado sujeto a prisión preventiva en la ciudad de Temuco y en contra de Gendarmería de Chile, puesto que se señala que en la aplicación de la medida disciplinaria, el recurrente tuvo que sufrir condiciones inhumanas dentro de la celda de castigo (las celdas se encontraban llenas de excremento humano y orín), no cumpliéndose además con la exigencia del artículo 81, letra K del reglamento en cuanto a que un médico o paramédico hicieran una evaluación del imputado ni tampoco con lo dispuesto en el artículo 85 que establece que los sancionados deben ser conducidos al menos una hora al día a un lugar al aire libre. En el recurso se sostiene que es deber del jefe del establecimiento mantener las condiciones adecuadas a la dignidad humana y en las condiciones de ejecución de la medida disciplinaria resulta evidente se está vulnerando la garantía constitucional del derecho a la integridad física y psíquica de la persona y de la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos. En el informe presentado por Gendarmería, se niega los hechos en que se funda la acción constitucional. Se sostiene que el procedimiento se ha llevado a cabo conforme a lo dispuesto en el reglamento penitenciario y que en ningún momento se ha vulnerado los derechos y garantías constitucionales del interno sancionado. Se señala que la resolución en que se establece la sanción fue remitido al tribunal de la causa el que estimó que la sanción era procedente y que el procedimiento disciplinario se ajustó al reglamento. Se niega, a su vez, que no se haya cumplido el deber de conducir al interno una hora al día a un lugar al aire libre y que las celdas de castigo se encuentren en estado de insalubridad. En base a lo expuesto en este informe, la Corte de Apelaciones de Temuco, en sentencia del once de junio de dos mil diez, ROL N° 694-2010, rechaza el recurso por considerar que de los antecedentes aportados por la recurrida se

desprende que la aplicación de la medidas disciplinaria se ajustó a derecho y por no haberse acreditado los hechos aseverados por la recurrente. La Corte Suprema, en fallo del uno de julio de 2010, confirma la sentencia apelada (ROL N° 4472-2010).

En un caso ocurrido con anterioridad, se interpone el 2003 un recurso de protección a favor de un interno que se encuentra recluso en el Modulo Alfa, de Colina II, al cual se le aplica una sanción disciplinaria de celda solitaria, debido a que su salud mental comienza a deteriorarse progresivamente hasta dar señales de pérdidas de razón, con lo que se entiende que con la medida se está vulnerando las garantías constitucionales de los números 1, 2,3, 7 letra b) y d) y 9 del artículo 19 de la Constitución Política. En el informe del Director Nacional de Gendarmería de Chile, luego de relatar los hechos que dan lugar a la aplicación de la medida, se señala que la resolución está plenamente justificada y ajustada a derecho, negando al mismo tiempo que hayan antecedentes que den cuenta del quebrantamiento de salud del interno. En base a lo anterior, La Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia del siete de octubre de 2003, ROL N° 3920-2003, rechaza el recurso por considerar que la medida reprochada no puede ser catalogada, en modo alguno, como arbitraria, puesto que ha sido una reacción a los gravísimos hechos protagonizados por el interno, por lo que se concluye que no se ha perpetrado, por parte de los recurridos, ningún acto ilegal o arbitrario.

2. Recurso de amparo.

Cabe destacar la acción constitucional interpuesta en diciembre de 2007 a favor de un interno que se encontraba cumpliendo su condena en el Módulo N°3 del Manzano, en Concepción. En el recurso se señala que al recurrente se le han aplicado tres sanciones, en celda de castigo, que manchan su hoja de vida y, que por lo tanto, afectan la posibilidad de poder optar a la Libertad Condicional. En el informe de Gendarmería se señala que estas sanciones se han aplicado dentro del ámbito de sus atribuciones y por faltas graves que se indican. La Corte de Apelaciones de Concepción, en la sentencia del 19 de diciembre de 2007, ROL N° 120-2007, teniendo en consideración el informe emitido por la parte recurrida, rechaza el recurso de amparo, puesto que a su entender "(...) no aparece establecido de los

antecedentes reunidos en los autos, que el recurrente haya sufrido, ilegalmente, alguna privación, perturbación o amenaza en su derecho a la libertad personal y seguridad individual. Los castigos se le impusieron por autoridad facultada para ello, en casos contemplados por el Reglamento Penitenciario, existiendo, además, antecedentes para hacerlo” (considerando N° 1).

De igual forma falla la Corte de Apelaciones de San Miguel frente a un recurso de amparo interpuesto en enero del 2007 a favor de un interno que se encontraba en el Centro de Detención Preventiva de Puente Alto. La acción se funda en que el recurrente fue castigado injustamente por una agresión que no cometió y de la que fue víctima de otro interno. En el informe elaborado por el Alcaide del recinto se señala que recurrente, tal como consta por la declaración de tres testigos y la propia confesión del sancionado, agredió con un elemento contundente a otro interno, por lo que fue enviado por diez días a la celda de castigo y remitido los antecedentes al Ministerio Público. La Corte de Apelaciones de San Miguel, fundándose nuevamente en el informe emanado de la parte recurrida, vuelve a rechazar, en sentencia del 23 de enero de 2007 (ROL 12-2007), el recurso de amparo por considerar que de los antecedentes expuestos no aparece que ni la libertad personal ni la seguridad individual del interno se encuentren ilegalmente amenazadas, privadas o perturbadas.