

UNIVERSIDAD DE CHILE  
FACULTAD DE DERECHO  
MAGISTER EN DERECHO CON MENCIÓN EN DERECHO PENAL  
VERSION

PROYECTO DE TESIS O ACTIVIDAD FORMATIVA EQUIVALENTE A TESIS

“La eficacia de la garantía de legalidad en el régimen cerrado del sistema de ejecución penal chileno”

NOMBRE Luis Alberto Vergara Cisterna  
RUT: 10.079.181-1  
PROFESORA GUIA: Rocío Lorca Ferreccio

FECHA: 12 diciembre de 2018.

RESUMEN: El presente trabajo plantea un análisis a la garantía de legalidad en el sistema de ejecución penitenciario de Chile, bajo la observación del comportamiento que presentan los poderes públicos frente a los mandatos que el principio de legalidad contiene en el marco político de un Estado democrático de derecho. El estudio revisa las funciones del principio de legalidad y ahonda en su aplicación concreta en cuanto garantía ejecutiva, cuya finalidad es servir de cortapisa al poder estatal durante la fase de cumplimiento penal. Se analiza la garantía, como un sistema de restricciones y mandatos dirigidos a los operadores institucionales, que limitan sus atribuciones imponiéndoles la obligación de mantener un sistema de cumplimiento exento de arbitrariedad, que excede la sola constatación de existencia de una ley específica que regule el ámbito penitenciario. Para el análisis se han construido criterios de verificación, contra los cuales se contrasta la realidad observada, dando lugar a las conclusiones finales del estudio.

Palabras clave: principio de legalidad, garantía de ejecución, sistema penitenciario, cumplimiento penal, ley de ejecución.

ABSTRACT: This dissertation presents an analysis of the guarantee of legality in the prison execution system of Chile, under the observation of the public powers and the principle of legality contained in the political framework of a democratic State of law. The study reviews the functions of the principle of legality and its specific application as an executive guarantee, whose purpose is to serve as a limitation to state power during the criminal compliance phase. This executive value is analyzed as a system of restrictions and mandates for institutional operators that limits their powers by imposing the obligation to maintain a compliance system exempted from arbitrariness, which exceeds the existence of a specific law that regulates the penitentiary setting. For this analysis we built some verification criteria that we confronted with reality, finalizing with the conclusions of the study.

Key words: principle of legality, guarantee of execution, penitentiary system, penal compliance, law of execution

## INDICE.

INTRODUCCION: CONTEXTO DEL SISTEMA PENITENCIARIO.....	5
a)    Invisibilización de la garantía de ejecución.....	5
b)    Ámbito del sistema penitenciario.....	12
c)    Regulación normativa.....	13
d)    Objetivo del trabajo.....	15
1.- CAPITULO I. PRINCIPIO DE LEGALIDAD: CONTENIDO Y CONSAGRACION.....	18
1.1.- Contenido.....	18
1.2.- Consagración.....	22
2.- CAPITULO II. FUNCIONES DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.....	23
2.1.- Función de legitimación.....	24
2.2.- Función de garantía.....	25
2.2.1.- Garantía ejecutiva de legalidad.....	26
2.2.2.- Contenido de la garantía de legalidad en la ejecución.....	29
3.- CAPITULO III.- ALCANCE Y EXPRESION DE LA GARANTIA EN LA FASE DE EJECUCIÓN PENAL.....	39
3.1.- Criterios para verificar el rendimiento de la garantía de legalidad .....	39
3.2.- Análisis de los criterios.....	40
a.- Existe una ley penitenciaria en sentido formal y material que contenga los derechos de las personas privadas de libertad y los presupuestos para su limitación.....	40
b.- Existe control jurisdiccional en la etapa de cumplimiento penal..	49
c.- El control jurisdiccional es realizado por tribunales especiales e independientes o existen otros órganos, distintos de los jueces, que realizan un control sobre la actividad penitenciaria.....	52
e.- Existe un procedimiento idóneo para la resolución de las controversias en la fase de cumplimiento.....	55
f.- Existe aplicación por el Juez de las normas legales para la resolución de los conflictos propios de la etapa de ejecución penal. .....	56

g.- Existe una cultura de la administración de sujeción a la ley, evitando abusos y exceso de atribuciones .....	58
h.- Existe complemento de normas reglamentarias a las disposiciones de la ley que permitan evitar los abusos y excesos en los actos propios del régimen cerrado. ....	63
CONCLUSIONES.....	68
BIBLIOGRAFIA .....	72

## INTRODUCCION: CONTEXTO DEL SISTEMA PENITENCIARIO.

El sistema penitenciario en la actualidad evidencia un notorio desajuste con los principios de un Estado democrático de derecho, y su problemática se mantiene en una situación de permanente invisibilidad, favorecida por visiones populistas de la criminalidad que en nada ayudan a fortalecer la garantía emanada del principio de legalidad. Su relevancia se ve acrecentada por la cantidad de población penal que tiene el sistema de cumplimiento y por las condiciones que los centros de reclusión presentan. La normativa, a su vez, da cuenta de una notoria dispersión de fuentes, sin que se haya dictado hasta la fecha una ley específica que regule la materia y cohesione un sistema falto de integridad. En esta realidad compleja se hace necesario analizar el comportamiento del sistema frente al principio de legalidad y como este condiciona al poder punitivo durante la fase ejecutiva.

### a) Invisibilización de la garantía de ejecución.

En Chile el sistema penitenciario ofrece una realidad compleja y de notoria invisibilidad para la comunidad, que se ve favorecida por diversos factores de orden social y político. Socialmente, este efecto de la invisibilidad del sistema, a pesar de la gravedad de su problemática, deviene del creciente sensacionalismo de corte populista que se ha instalado en el seno de nuestra comunidad, reclamando mayor seguridad para la ciudadanía frente a la actividad delictiva, que se presenta por los medios como desbordada y que ayuda a instalar una sensación de inseguridad aparente que no se condice con la realidad.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Véase la Encuesta en Seguridad Ciudadana en: [http://historico.ine.cl/canales/chile\\_estadistico/encuestas\\_seguridadciudadana/encuestaseguridad.php](http://historico.ine.cl/canales/chile_estadistico/encuestas_seguridadciudadana/encuestaseguridad.php)

Asimismo se pueden examinar opiniones tales como: “El defensor nacional y el presidente de la Corte Suprema, coincidieron con la presidenta Bachelet respecto de que NO existe delincuencia desatada.” En <http://www.cnnchile.com/noticia/2017/10/18/defensor-nacional-las-tasas-de-homicidios-y-delitos-graves-en-nuestro-pais-son>

Uno de los efectos provocados por este fenómeno, cooptado por la percepción de temor que el ciudadano experimenta (víctima potencial) frente a la posibilidad de verse expuesto al delito, es un estado limítrofe a la emergencia, que condiciona en buena medida el funcionamiento del sistema de ejecución, poniéndolo en un espacio cercano a un receptáculo de seres indeseables que merecen soportar las condiciones actuales del encierro, cualesquiera que éstas sean.<sup>2</sup>

Según datos del Estudio Condiciones Carcelarias en Chile 2014-2015, presentado por el Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH),<sup>3</sup> en un universo de 43 Centros Penales, el hacinamiento llega en algunos de ellos a más del doble de su capacidad, tanto en cárceles de administración estatal, como del sistema concesionado. Desagregado por sexo el Estudio arrojó, que 15 establecimientos de hombres se encontraban con un nivel de sobrepoblación crítico, en que destacó el Centro de Detención Preventiva de Limache con 259,1%. En centros de mujeres el mayor índice se registró en el Centro de Cumplimiento Penitenciario de Chañaral con un 390%. En cárceles concesionadas sobresale el Centro de Cumplimiento Penitenciario de Antofagasta con 114,4%, y el Centro de Cumplimiento Penitenciario de Rancagua con 113,2%.

El informe advierte hechos graves en cuanto a materias de higiene, develando que incluso no hay acceso a agua potable las 24 horas del día en 22 cárceles del total inspeccionado. Agrega que es recurrente que las personas se vean expuestas a problemas tales como, la inadecuada circulación de aire en las celdas, instalaciones eléctricas artesanales, colapso de la infraestructura sanitaria, limpieza insuficiente y

---

<sup>2</sup> En el caso español Iñaki Rivera describe lo siguiente: “ (...) la irrupción y difusión de la emergencia” ha logrado subvertir los principios básicos de un sistema penal de raigambre liberal y ha terminado por “premiar” actitudes de delación y colaboración interesada, aunque ello suponga desvirtuar los principios garantistas sobre los cuales se edificó el propio sistema penal. Agrega en lo que concierne al sistema penitenciario [la] “emergencia” trastocó aquella reforma penitenciaria democrática devolviendo así a la cárcel –en este convulsionado fin del milenio- su autentica cara aterradora y amedrentadora que aquella reforma había pretendido maquillar”. Rivera Beiras, Iñaki, “Recorridos y posibles formas de penalidad”, Ed. Anthropos, 2005, p. 128.

<sup>3</sup> Véase Estudio de las Condiciones Carcelarias en Chile 2014-2015, del Instituto Nacional de Derechos Humanos en: <https://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/1136/estudio-general.pdf?sequence=1>

plagas, entre otras. Resulta común, según se consigna, que las personas reclusas orinen y defequen en tarros o botellas plásticas, con un evidente peligro de enfermedades, en un ambiente contaminado. En 24 de las unidades penales visitadas (61,5%) no hay camas para toda la población penal, y 11 de ellas no cuentan con dependencias habilitadas para sus visitas íntimas.

Subsisten prácticas que importan malos tratos y uso de violencia contra los privados de libertad, y una deficiente regulación y supervisión de los castigos que aplica la administración bajo el rótulo de faltas disciplinarias.

El acceso a la salud mental y física es deficiente por la falta de recursos, sin que se observe una mejora cualitativa en las prestaciones que se entregan.

Las conclusiones de este informe no son distintas de otros que abordan la misma problemática, y en los cuales es posible apreciar la subsistencia de los déficit denunciados en una persistencia endémica y sin avances significativos por más de una década. Un ejemplo de ello es el Informe anual de Derechos Humanos que realiza la Universidad Diego Portales y que a la fecha solo ha sido anunciado por los medios de comunicación.<sup>4</sup>

Bajo el prisma de la retórica que acompaña la emergencia punitiva, la superación de las deficiencias de la cárcel es vista entonces, como un privilegio que no merece ser siquiera analizado, por cuanto bajo esta concepción, los recursos de la sociedad siempre estarán mejor distribuidos en la solución de los problemas del ciudadano libre, en cuanto aparece merecedor de mejores condiciones de vida que aquel que se encuentra privado de libertad.<sup>5</sup> En esta lógica se aísla el problema carcelario, y se le

---

<sup>4</sup> Véase información de prensa en: [https://www.emol.com/noticias/Nacional/2018/11/26/928289/Carceles-en-Chile-Informe-de-DDHH-acusa-vulneraciones-y-propone-racionalizar-penas-de-carcel.html?fbclid=IwAR2AAZ9K88TMyyw0Vx-wSN\\_-gHBkrm721M\\_zO\\_JLpZ0ZVK3bXw9RhPSvCLO](https://www.emol.com/noticias/Nacional/2018/11/26/928289/Carceles-en-Chile-Informe-de-DDHH-acusa-vulneraciones-y-propone-racionalizar-penas-de-carcel.html?fbclid=IwAR2AAZ9K88TMyyw0Vx-wSN_-gHBkrm721M_zO_JLpZ0ZVK3bXw9RhPSvCLO)

<sup>5</sup> Al respecto conviene citar parte del Considerando Cuarto, recaído en el fallo pronunciado por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de San Miguel en el Recurso de Amparo Rol Nº 275-2004, interpuesto a favor del interno don Luis Bravo Martínez, que señala: “Respecto a las condiciones en que se cumple la referida sanción no se ha establecido de qué manera se perturba, amenaza o priva ilegítimamente la

toma como un fenómeno particular, descontextualizado de la integralidad con que debe abordarse la criminalidad. No ayuda a la solución el hecho de que un gran porcentaje de las personas encarceladas tienen altos índices de pobreza y baja incidencia en las decisiones de la comunidad.<sup>6</sup>

La configuración del sentido y representación de la realidad criminal que subyace en el estado de la política criminal actual, ha permeado a la clase política (si es que no ha devenido de ella) favoreciendo la creación de nuevos delitos y el aumento de ciertas penas. Lamentablemente no se verifica igual diligencia para regular su forma de cumplimiento y control.<sup>7</sup>

---

libertad personal y la seguridad individual del interno Bravo Martínez, por el hecho de compartir la celda con otras personas, puesto que ello es menos gravoso para el sentenciado y dentro de las limitaciones con que se desenvuelve Gendarmería de Chile se proporciona a los castigados, alimentación, períodos de desencierro, elementos de aseo y cuentan con literas para cada uno, al igual que con colchonetas, lo que se estima cumple aunque sea en forma mínima con la satisfacción de las necesidades de quienes están sometidos a sanción disciplinaria, ya que esta Corte no puede desconocer el hecho público y notorio, constatado personalmente por sus jueces y ministros respecto al hacinamiento que existe en los centros penitenciarios de todo el país y en especial de los que se encuentran en su territorio jurisdiccional”.

<sup>6</sup> Al respecto David Garland, un referente en el campo de la criminología y la teoría social, afirmó en entrevista para el periódico “El Clarín” de Argentina que: “en todas partes, el sistema penal focaliza en las personas pobres. Pero no lo es que todos los crímenes sean cometidos por personas pobres. Hay muchos crímenes cometidos por corporaciones, por personas poderosas. Los gobiernos, la policía, la justicia tienden a no prestar atención a los casos de crímenes cometidos por los poderosos, sino más bien a enfocarse en los crímenes cometidos por personas pobres. Hay dos motivos para entenderlo: por un lado, el establishment, la autoridad, prefiere privilegiar antes que castigar. Y la otra razón es que los crímenes de los poderosos no se cometen en las calles. No tienen esa visibilidad, como el robo, o los asesinatos, que ocurren en las calles, sino explotando a los trabajadores, o con maniobras de corrupción que son en alguna medida menos visibles. Por estos motivos, el sistema penal y el carcelario están enfocados en las personas pobres. Disponible en [https://www.clarin.com/revista-enie/ideas/estrategias-sociales-penales-castigo\\_0\\_ryrCs1FH7.html](https://www.clarin.com/revista-enie/ideas/estrategias-sociales-penales-castigo_0_ryrCs1FH7.html)

<sup>7</sup> (...) es posible señalar que Chile puede ser catalogado como un país “punitivo”, donde las altas [tasas] de prisionización y sus oscilaciones, no se correlacionan con los índices de victimización que presenta el país. Esto sin duda se encuentra en consonancia con la literatura criminológica que ha mostrado cómo el aumento de encarcelamiento puede coexistir con un marcado descenso del delito, lo que afirma que el aumento desproporcionado de personas en prisión, no responde directamente a incrementos en la comisión de delitos, sino que además del número de delitos, “hay una decisión política de cómo reaccionar a ellos”. Morales P., Ana María. “La política criminal contemporánea: Influencia en Chile del discurso de la ley y el orden”. *Polít. crim. Vol. 7, No 13 (Julio 2012), Art. 3, pp. 94 - 146.* [[http://www.politicacriminal.cl/Vol\\_07/n\\_13/Vol7N13A3.pdf](http://www.politicacriminal.cl/Vol_07/n_13/Vol7N13A3.pdf)]

Disponible en [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-33992012000100003](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992012000100003)

La cara política de la invisibilización, está dada por el limbo normativo en el que nos encontramos y que nos ha obligado a soportar, naturalizando acríticamente, un estatus de infra legalidad marcado por la falta de una ley de ejecución penal, que se sobrepone, a pesar de su irracionalidad, a las voces que se alzan denunciando esta degradación.<sup>8</sup> Estas voces de denuncia han trascendido el ámbito académico, desde donde partieron, y hoy permean a casi toda la sociedad civil organizada, incluso se escuchan discursos particulares desde la esfera política sumándose al reclamo y lo hacen, al parecer, frente a un Estado sordo que no logra despertar del sopor, que le ha provocado la cultura de menosprecio a la legalidad, heredada de la época dictatorial.

Solo de vez en cuando nos preocupamos por las condiciones de encierro y nos abrimos a una discusión del todo razonable, pero que, dada la envergadura del problema, nos sobrepasa y decae frente a nuevas urgencias que aparecen en el quehacer cotidiano de la sociedad. Así, poco a poco las voces se acallan y el problema de permanecer en la invisibilidad continua.<sup>9</sup>

No han sido pocos los acontecimientos que nos han despertado,<sup>10</sup> basta recordar el incendio de la Cárcel de San Miguel donde murieron 81 personas y otros tantos

---

<sup>8</sup> (...) una de las primeras infracciones que sobresalen es de rango formal. En este sentido, debe recordarse que los derechos y libertades garantizados en la Constitución sólo pueden ser regulados por ley y, aún más, dicha ley no puede establecer limitaciones que afecten la esencia del derecho, ni imponer condiciones o requisitos que impidan su libre ejercicio, tal como lo estatuye el No 26 del art. 19 de la Constitución Política. Entonces, cualquier regulación que se realice a la forma, requisitos y condiciones en que se practica la privación de libertad debe establecerse por ley y bajo ninguna circunstancia el hecho de que una persona esté privada de libertad le impide ejercer sus demás derechos constitucionales.

Frente a estas preliminares observaciones, ya nos encontramos con que nuestro Reglamento Penitenciario no cumple con el aspecto formal establecido en la Constitución, toda vez que esta norma tiene un rango inferior a la ley. Carnevali, Raúl y Maldonado, Francisco “El tratamiento penitenciario en Chile. Especial atención a problemas de constitucionalidad”, en Revista Ius et Praxis, año 19, N° 2 (2013), Universidad de Talca. Disponible en [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122013000200012](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122013000200012)

<sup>9</sup> Véase: Informe de Cárceles emanado de la Fiscalía de la Corte Suprema disponible en: [https://es.scribd.com/document/371891725/Informe-fiscalia-carceles#from\\_embed](https://es.scribd.com/document/371891725/Informe-fiscalia-carceles#from_embed)

<sup>10</sup> A modo de ejemplo: Incendio de la Cárcel de San Miguel en 2000, murieron 7 personas quemadas; Incendio de la Cárcel de Iquique en 2001, murieron 26 personas quemadas; Incendio de la Cárcel de Puerto Montt 2007, donde murieron 8 menores de edad y el último, que aún está fresco en nuestra

resultaron quemados con múltiples lesiones de distinta gravedad.<sup>11</sup> La historia reciente nos afirma que ni siquiera este hecho ha logrado mover a la clase política en favor de legislar seriamente, creando un sistema de ejecución penal con una adecuada supervigilancia jurisdiccional.

Pero no obstante las condiciones de desequilibrio que hoy presenta el sistema, la titularidad de derechos que ostenta el privado de libertad no puede estar en entredicho, ni tampoco los principios generales aplicables a la protección de los derechos humanos, por cuanto estos constituyen criterios de interpretación válidos a la hora de establecer los ámbitos de protección de las personas en reclusión.<sup>12</sup> De tal suerte que la garantía de legalidad, en la fase de cumplimiento de la pena, tiene plena vigencia y es completamente exigible a los órganos del Estado, que están obligados a su materialización.<sup>13</sup>

Esta garantía se erige en favor del ciudadano, se proyecta sobre todo el Derecho sancionador, e impone en su concreción más irreductible la certeza de saber anticipadamente las conductas afectas al rigor penal, las sanciones asociadas a dichas

---

memoria, el incendio de la Cárcel de San Miguel ocurrido el 8 de diciembre de 2010, que arrojó un saldo de 81 internos fallecidos y 26 heridos, además de cuantiosos daños materiales.

<sup>11</sup> Destacan aquellas soterradas lesiones psicológicas de un número indeterminado de personas que se vieron afectadas por el trauma del horror que les ha provocado este fatídico evento en sus vidas. En época posterior al incendio en la Cárcel de San Miguel se acogió el Recurso N° 303-2010 – PROT, disponiendo que Gendarmería de Chile proporcionara a los internos por quienes se recurrió la atención médica y psicológica y/o psiquiátrica requerida, como asimismo que se les brindara en forma oportuna y por el tiempo que sea necesario, con la debida periodicidad, los tratamientos de esa naturaleza y que la autoridad médica había indicado.

<sup>12</sup> “Tenemos que avanzar entre todos. Esto es, las instituciones que conformamos el sistema de justicia, además del mundo político y la academia, para buscar una solución que nos permita tener un sistema penitenciario acorde a un Estado democrático de derecho y al siglo XXI. Si no lo hacemos, vamos a seguir con un modelo desequilibrado y desproporcionado”. Defensor Nacional Andrés Mahnke en Seminario Universidad de Talca 30 de agosto de 2018. En <http://www.diarioelcentro.cl/noticias/policial/defensor-nacional-el-sistema-penal-se-preocupa-mucho-de-encarcelar>

<sup>13</sup> Será la formulación de FEUERBACH “nullum crimen, nulla poena sine lege”, la que mejor resume el contenido material del principio de legalidad, derivándose de allí la necesidad que el ejercicio del poder punitivo legítimo en un Estado democrático de derecho debe realizarse mediante el uso de las leyes a objeto de excluir todo tipo de arbitrariedad.

conductas y la forma en que estas han de ser cumplidas en la fase ejecutiva.<sup>14</sup> Desentrañar como se comporta el sistema chileno frente a esta garantía ejecutiva, es el objetivo que se persigue en el presente trabajo y para ello hemos de abordarla desde su núcleo, es decir, adentrándonos en los elementos que la configuran como un mandato de apego a legalidad que debe ser satisfecho por todos los poderes públicos, sin quedarnos en la sola verificación de la existencia o no de una ley de ejecución formal vigente en el sistema.

La compleja realidad que presenta la política criminal actual, otorgan mayor vigencia a las afirmaciones de los profesores Bustos y Hormazabal, en cuanto afirman que, en la actualidad, la aplicación del principio de legalidad se hace más compleja, por cuanto debe abrirse camino, a pesar de las corrientes de corte securitarias, y de emergencia, que intentan atrapar el modelo penal.<sup>15</sup> De allí que el interés por indagar la eficacia real que cumple el principio de legalidad, como garantía, sea de la mayor relevancia pues no se puede aceptar tan livianamente su debilitamiento por ineficacia, sino que se debe fortalecer su potencia proponiendo los ajustes al sistema, que permitan mantener al ciudadano bajo resguardo ante los posibles desbordes de poder que, al amparo de esas nuevas concepciones, pudieran provocarse.<sup>16</sup>

Esto es muy importante, especialmente en el momento ejecutivo, pues allí el poder estatal de sus agencias se manifiesta mas intensamente, sobretodo en la realidad actual, donde además se encuentra desprovisto de los límites y controles necesarios que un Estado de derecho naturalmente debe contener, tales como, la existencia de

---

<sup>14</sup> Barquín Sanz “Sistema de sanciones y de legalidad penal” en Carou, Sara “El Principio de Legalidad en el Derecho penitenciario español” Octubre, InDret, 2017.

<sup>15</sup> “(...) en el siglo XX, y parece que también en el presente, los Estados recurren a la forma sutil de las leyes de emergencia o de las leyes especiales para dar cobertura a una rebaja de planteamientos respecto de las garantías penales...”. Bustos, Juan y Hormazabal, Hernan, “*Nuevo sistema de derecho penal*”, Editorial Trotta, 2004. p.27.

<sup>16</sup> “En la actualidad, pese a todas las crisis y dificultades por las que atraviesa el principio de legalidad - prioritariamente motivadas por el auge de corrientes como el *Derecho penal del riesgo* o el *Derecho penal del enemigo*- éste continúa siendo el mas importante de los principios del Derecho penal”. Bacigalupo Zapater, “Sobre la justicia y la seguridad en el Derecho Penal” en Carou, Sara “El Principio de Legalidad en el Derecho penitenciario español”. Octubre, InDret, 2017.

una ley, y un sistema de control jurisdiccional eficiente que permita evitar los abusos y excesos contra los encarcelados.

b) Ámbito del sistema penitenciario

Desde un punto de vista cuantitativo el sistema muestra que en 2017, atendía a un total de 140.810 personas, de las cuales 50.409 se encontraban en el sistema cerrado, 60.916 en el sistema abierto y 29.485 en el sistema pos penitenciario.<sup>17</sup>

---

<sup>17</sup> En la práctica el Sistema Penitenciario chileno declara tener 4 subsistemas para realizar sus objetivos: i) Subsistema cerrado; ii) Subsistema semi-abierto; iii) Subsistema abierto; iv) Sistema postpenitenciario: i) Subsistema Cerrado. Comprende unidades penales que albergan a personas privadas de libertad por orden de los tribunales de justicia. La labor principal de Gendarmería se relaciona con el objetivo de que los condenados cumplan efectivamente sus penas, evitar fugas, velar por la seguridad de los beneficiarios, facilitar la recepción de visitas, prestar servicios básicos (alimentación, alojamiento y salud), realizar acciones de apoyo a la rehabilitación y reinserción social (acceso al trabajo, eventos culturales, capacitación y asistencia social). Existen en la gestión dos tipos de entidades que prestan los servicios básicos y el apoyo a la reinserción. El sistema tradicional que está en manos de Gendarmería de Chile y el concesionario a cargo de una empresa privada que es fiscalizada por el Ministerio de Obras Públicas con el apoyo técnico de Gendarmería de Chile.

ii) Subsistema Abierto. Atiende a aquellas personas condenadas a penas diferentes a la reclusión. El control e intervención de esta población se realiza en los Centros de Reinserción Social (CRS), y en los Centros Abiertos (CA). En localidades donde no existe este tipo de establecimientos, se realiza en las unidades penales. La atención que realiza Gendarmería depende del tipo de condena. Reclusión nocturna: personas condenadas a pernoctar durante la noche en los establecimientos citados más arriba y son liberados al amanecer. Remisión condicional: Personas condenadas que deben recurrir a Gendarmería de Chile con una periodicidad establecida, verifican su identidad y firman un libro de registro. Libertad Vigilada: Gendarmería apoya y controla a los individuos que han sido condenados, a los cuales se les otorga la libertad, pero bajo la obligación de cumplir con determinadas condiciones impuestas por el tribunal, de tipo educacional, laboral, habitacional y/o de comportamiento.

iii) Subsistema Semi-abierto. Corresponde a los Centros de Educación y Trabajo (CET), que albergan a personas condenadas a reclusión (privación de la libertad). Se diferencia del Subsistema cerrado en cuanto a que las actividades diarias de los reclusos giran en torno al trabajo y se carece de medidas de vigilancia coercitivas, quedando el cumplimiento de la reclusión sujeta a la autodisciplina y fuerza de voluntad del individuo.

iv) Subsistema post-penitenciario. Atiende a la población que ha cumplido su condena (en el Subsistema Abierto, Semiabierto o Cerrado), la que se encuentra en proceso de eliminación de antecedentes (DL. N° 409) y aquella que se encuentra con libertad condicional. La atención se realiza en los Patronatos Locales de Reos y, en localidades donde estos establecimientos no existen, en los Centros de Reinserción Social (CRS). Donde no existe CRS, la atención se realiza en las unidades penales. Se distinguen las siguientes atenciones: Personas con Libertad Condicional que han recibido el beneficio de cumplir el saldo de su condena en el medio libre y que deben acudir a control a Gendarmería. Personas con eliminación de antecedentes penales que han cumplido condenas y están tramitando la eliminación de antecedentes. Uno de los requisitos que deben cumplir para ello, es acudir regularmente a firmar, a un recinto de Gendarmería. Informe Evaluación comprensiva del Gasto, Dirección de Presupuesto, Ministerio de Hacienda año 2012. Disponible en [http://www.dipres.gob.cl/597/articles-141208\\_informe\\_final.pdf](http://www.dipres.gob.cl/597/articles-141208_informe_final.pdf)

La reclusión obedece tanto al cumplimiento de medidas cautelares personales; al cumplimiento de condena; y también a ciertas medidas de apremio que contempla la legislación y que importa privación de libertad.

Los condenados a septiembre de 2017, ascendían a un total de 35.557 personas, los imputados contabilizaban 14.344, mientras otros 508 soportaban la privación de libertad por medidas legales de apremios.<sup>18</sup>

De las personas reclusas el 69% se encuentra en establecimientos de administración pública, y el 31% en centros penales de administración público-privada, a través de la modalidad de cárceles concesionadas.<sup>19</sup>

La operatoria institucional del sistema es entregada a un servicio público denominado Gendarmería de Chile, que opera 171 unidades penales en todo el territorio nacional.<sup>20</sup> Depende del Ministerio de Justicia y su regulación normativa esta dada por el Decreto Ley 2.859 de 1979.<sup>21</sup>

c) Regulación normativa.

La regulación normativa de la actividad penitenciaria está dada por una variada gama de instrumentos normativos de distinto rango, dictados sin criterios unívocos a través del tiempo, y que se acomodan en la práctica para regular el sistema. Un fenómeno que se conoce mas específicamente como dispersión normativa y que afecta la realidad del quehacer penitenciario chileno en la actualidad.<sup>22</sup>

---

<sup>18</sup> Informe de Gestión, Avances en Reinserción Social de Gendarmería de Chile que analiza y expone datos 2014/2017, año 2018. p. 21.

<sup>19</sup> Informe de Gestión, Avances en Reinserción Social de Gendarmería de Chile que analiza y expone datos 2014/2017, año 2018. p. 38.

<sup>20</sup> Compendio Estadístico Penitenciario año 2016. Gendarmería de Chile. p. 23.

<sup>21</sup> Véase: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=7015>.

<sup>22</sup> Véase, Sippel, Jörg Alfred. Las cárceles y la búsqueda de una política criminal en Chile, LOM ediciones, Chile, 2006.

La principal fuente está dada por el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios que data desde 1998, y ha sido establecido mediante el Decreto Supremo 518. Múltiples veces modificado y adaptado por la administración, al devenir de los tiempos.

En materia jurídico normativa, el sistema es carente de una ley de ejecución y de un sistema de control jurisdiccional efectivo para la fase de cumplimiento, violentando gravemente un aspecto esencial del principio de legalidad. Se permite con ello una excesiva discrecionalidad para la administración que resulta propicia para el ablandamiento de las garantías constitucionales de los privados de libertad, con el efecto de devaluarlos a una categoría inferior a la de sujeto de derechos.

Los intentos por superar este estado de regulación normativa infra legal no han sido pocos, por el contrario, desde 1991 se han sucedido varias iniciativas que han resultado infructuosas en el objetivo. En la actualidad nos enfrentamos a un nuevo ofrecimiento del mundo político, materializado en las palabras del Ministro de Justicia de turno, que exponiendo ante la Cámara de Diputados en marzo de 2018, ha dicho que el Gobierno impulsará una Ley de Ejecución de Penas, como parte de un grupo de medidas que buscan paliar los problemas del sistema ejecutivo.<sup>23</sup>

Ante este escenario tan poco alentador, que nos ofrece la historia reciente, resulta importante analizar las bases de la garantía de legalidad y desde allí verificar su cumplimiento en el quehacer concreto de la operatoria estatal.

---

Véase en el mismo sentido Morales, Ana María; Welsh, Gherman y Hurtado, María Teresa. "Estudio comparado sobre tribunales de Ejecución de penas" . Fundación Paz Ciudadana, Santiago, 2015, p. 13.

<sup>23</sup> Véase, Stippel, Jorg, "*Cárcel, Derecho y Política*", Santiago, Editorial LOM, 2010.

Véase lo dicho por El Ministro Hernán Larraín disponible en: <http://www.minjusticia.gob.cl/ministro-hernan-larrain-expuso-ante-comision-de-constitucion-de-la-camara-de-diputados-los-principales-enfasis-de-su-gestion-en-justicia-y-derechos-humanos/>

d) Objetivo del trabajo

El trabajo que se presenta indaga sobre las bases del principio de legalidad y el rol que cumple en la legitimación del poder punitivo durante la fase de ejecución. Dado que nuestra configuración política está basada en la proclamación que realiza la Constitución Política de la República, de adherir a los postulados de un Estado democrático de derecho, y que en esta forma de Estado, el principio de legalidad adquiere una relevancia trascendental como antídoto a la arbitrariedad, apreciamos de suma importancia dilucidar de qué manera el sistema ejecutivo penal, ocupado de la ejecución de las penas privativas de libertad, conduce sus actividades bajo su imperio y materializa la garantía ejecutiva frente al poder, a pesar del defecto evidente y grave de faltar una ley ejecución penal que regule la fase de cumplimiento.<sup>24</sup>

El estudio se plantea por ello analizar la necesidad de determinar la aplicación que tiene el principio de legalidad en la fase de ejecución y la forma en que se comportan los poderes públicos, frente al mandato que obliga a conformar un sistema coherente y efectivo de ejecución. El que no exista una ley de ejecución penal no obsta para que los operadores institucionales realicen sus actividades honrando el principio de legalidad, al conducirse conforme las reglas de la garantía.

Si bien existen trabajos en la materia, que abordan el principio de legalidad, estos no se han enfocado a generar un análisis específico del rendimiento de la garantía en la fase de cumplimiento. No existen estudios cuyo objetivo final sea indagar el real comportamiento que el sistema asume frente a la garantía ejecutiva. Al respecto podemos mencionar como ejemplos los trabajos de Jörg Stippel<sup>25</sup> y Eduardo Cordero<sup>26</sup> que abordan la efectividad de los recursos legales, no obstante, omiten pronunciarse más específicamente respecto del alcance del principio de legalidad

---

<sup>24</sup> Nash, Claudio, *“Estado social y democrático de derechos en Chile. Tan lejos, tan cerca”*. Revista Derecho y Humanidades, N° 18, 2011, p. 73-79

<sup>25</sup> Stippel, Jorg, *“Las cárceles y la búsqueda de una política criminal para Chile”*, Editorial LOM 2006. Estudio orientado a comprobar el grado de protección jurídica de las personas privadas de libertad frente a los actos u omisiones abusivos o ilegales de que son objeto durante su encierro.

<sup>26</sup> Cordero, Eduardo, *“El control jurisdiccional de la actividad de la administración penitenciaria”*. Informe en Derecho, Departamento de Estudios de la Defensoría Penal Pública, 2009.

como garantía y de cómo ella limita el poder punitivo en la fase de cumplimiento penal, imponiendo determinados estándares a los poderes públicos.

Para estos efectos el trabajo se organiza de la siguiente manera:

En el Capítulo I se da cuenta del contenido del principio de legalidad, su consagración, la vigencia en el proceso penal y su importancia como elemento constitutivo de legitimación para el sistema.

En el Capítulo II se analizan las funciones de legitimidad y garantía que emanan del principio de legalidad, priorizando el enfoque en esta última. Desde allí se extrae la existencia de cuatro garantías:

- a) garantía criminal.
- b) garantía penal.
- c) garantía jurisdiccional.
- d) garantía de ejecución.

En la garantía ejecutiva, desarrollaremos su función en cuanto límite al poder de las agencias penales en la fase de cumplimiento, que reclama estricto apego a la ley para la afectación de los derechos fundamentales de los reclusos.

Se analiza la garantía ejecutiva, como un sistema de restricciones y mandatos dirigido a los poderes públicos, que limitan sus atribuciones y les imponen ciertas obligaciones con el objeto de crear un sistema de cumplimiento en que se excluyan las arbitrariedades y los abusos.

En este esquema veremos que el Poder Legislativo se encuentra obligado a configurar, un sistema de cumplimiento legal; el Poder Judicial a ajustar sus resoluciones a la legalidad vigente; y el Poder Ejecutivo, representado por la administración penitenciaria, a respetar el sistema legal de ejecución dentro de la órbita de sus competencias.

En el Capítulo III se construyen ciertos estándares emanados del mandato de legalidad a los poderes públicos y se genera un contraste de ellos con la forma en que se comporta el sistema en la realidad. Emanan de esta construcción una lista de verificación que intenta dilucidar el grado de eficacia práctica observado, con el objeto de alertar sobre aquellas actividades que no son advertidas como contravenciones directas, al estar cubiertas por una suerte de justificación, que se ancla en las prácticas institucionales y en una supuesta falta de medios. De allí emana por ejemplo los siguientes cuestionamientos:

- ¿Existe una ley penitenciaria en sentido formal y material que contenga los derechos de las personas privadas de libertad y los presupuestos para su limitación?
- ¿Existe control jurisdiccional en la etapa de cumplimiento penal?
- ¿El control jurisdiccional es realizado por tribunales especiales e independientes o existen otros órganos que realizan un control sobre la actividad penitenciaria?
- ¿Existe un procedimiento idóneo para la resolución de controversias en la fase de cumplimiento?
- ¿Existe aplicación por el Juez de las normas legales para la resolución de los conflictos en la fase de cumplimiento?
- ¿Existe una cultura de la administración de sujeción a la ley evitando abusos y exceso de atribuciones?
- ¿Existe complemento de normas reglamentarias a las disposiciones de la ley, que permitan evitar los abusos y excesos en los actos propios del régimen cerrado?

Para finalizar, se presentan las conclusiones a las que se ha arribado, producto del análisis de los criterios utilizados en la verificación del rendimiento de la garantía durante la fase de cumplimiento penal.

## 1.- CAPITULO I. PRINCIPIO DE LEGALIDAD: CONTENIDO Y CONSAGRACION

Corresponde en el presente capítulo analizar la substancia del principio de legalidad y la forma en que es recogido por la legislación nacional.

### 1.1.- Contenido

Superado el Antiguo Régimen por el Estado liberal,<sup>27</sup> es pacífico afirmar que dentro del Estado democrático de derecho, el castigo penal sólo puede surgir de la aplicación de un modelo que excluya la arbitrariedad, a objeto de establecer una situación de equilibrio en el binomio individuo – Estado, y que obliga tanto al legislador en el proceso de creación de la norma, como al juez y demás operadores al momento de su aplicación.<sup>28</sup>

Bajo esta premisa, el poder punitivo no puede estar sin la cortapisa básica de someterse a ciertos márgenes de limitación, que impidan los desbordes de punibilidad y eviten el sometimiento del ciudadano a un exceso de poder que afecte la esfera más

---

<sup>27</sup> “El Estado de Derecho liberal responde a una construcción lenta y gradual hecha en virtud de las reivindicaciones de determinados sectores sociales que buscaban, frente a poderes despóticos de la época, seguridad para las personas y sus bienes y, además, exigir la protección efectiva de otras libertades. Nash, Claudio, *“Estado social y democrático de derechos en Chile. Tan lejos, tan cerca”*. Revista Derecho y Humanidades, N° 18, 2011, p. 75.

<sup>28</sup> Al respecto Zaffaroni afirma: “El estado de policía fue el que predominó históricamente. El estado de derecho es un producto de la modernidad, que se extendió por una parte limitada del planeta, pero que no hizo desaparecer al poder ejercido conforme al modelo del estado de policía. La lucha entre el modelo del estado de derecho y el estado de policía continúa en todo el mundo, pero no sólo frente a los autoritarismos instalados, sino también en el seno de las democracias. El estado de derecho *ideal* es justamente *ideal*, o sea, que no hay estados de derecho perfectos en la realidad, sino que todos los *estados reales de derecho* (por supuesto que también los latinoamericanos) lo son hasta cierto grado de perfección. Afirmar la igualdad ante la ley como real, causa cierta gracia en cualquier país del planeta, aunque sea una democracia bastante asentada, justamente porque nunca el estado de derecho histórico (real) alcanza la perfección de su modelo abstracto.” Zaffaroni, Eugenio, *“Manual de Derecho Penal: Parte General”*. 2ª Edición, Buenos Aires, Ediar 2006. p. 21.

sensible de su personalidad.<sup>29</sup> El principio de legalidad constituye al Estado de derecho como un elemento esencial (formal y material) y lo legitima en cuanto se supedita el poder público a la expresión de la ley, muy especialmente cuando dicha actividad supone afectación de los derechos fundamentales del ciudadano. Tal es el caso del ámbito penal y penitenciario, que admite la mayor intromisión posible en la esfera del individuo.<sup>30</sup>

De allí que la primacía de la ley y su ámbito de reserva, exijan a los poderes públicos ajustarse a sus criterios y prescripciones, sin que puedan ser reemplazados por normas de inferior rango.<sup>31</sup>

Desde su dimensión jurídico penal, el principio de legalidad sería expresión de la particular función de la norma y sanciones penales, por cuanto, para poder cumplir con sus funciones intimidatorias y motivadoras de la conducta de los ciudadanos, resulta necesario que la conducta prohibida y la pena establecida como castigo sean conocidos de forma previa para así poder servir de contramotivo frente a los impulsos delictivos.<sup>32</sup>

En cuanto al contenido genérico del principio de legalidad, Mata y Martín siguiendo a Roxin, indica que: “tradicionalmente se distinguen cuatro tipos de consecuencias

---

<sup>29</sup> “(...) no existe ningún *jus puniendi* (derecho subjetivo del estado a punir) con límites razonables, sino una real y verdadera *potentia puniendi* sin ningún límite razonable y a la deben imponerse límites formales para que no arrase con todo.” Zaffaroni, Eugenio, “*Manual de Derecho Penal: Parte General*”. 2ª Edición, Buenos Aires, Ediar 2006. p. 67.

<sup>30</sup> “(...) supone para el Estado límites a la incriminación secundaria, esto es, en la aplicación de la ley”. Bustos, Juan y Hormazabal, Hernán. “*Lecciones de derecho penal chileno: Volumen I*”. Santiago, Librotecna 2012. p. 138.

<sup>31</sup> “Al capricho y la arbitrariedad del soberano se opuso la voluntad definida y constante de la razón humana expresada en la ley. Se distinguiría entre lo público y lo privado y consagraría el principio de que los poderes públicos habrían de poder actuar solo cuando una ley lo permitiera y dentro del marco de ella. El principio de legalidad vendría a revelar dos fundamentos esenciales de la nueva sociedad. Por una parte la exclusión de la arbitrariedad y por la otra el reconocimiento de un derecho del ciudadano, el derecho de conocer previamente las políticas del poder.” Bustos, Juan y Hormazabal, Hernán. “*Lecciones de derecho penal chileno: Volumen I*”. Santiago, Librotecna 2012. p. 138.

<sup>32</sup> Mata y Martín, Ricardo, “*El principio de legalidad en el ámbito penitenciario*” *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo* (19), Anuario Facultad de Derecho – Universidad de Alcalá IV (2001)

derivadas del principio de legalidad, que adoptan formas de prohibiciones dirigidas al legislador y a los Jueces y Tribunales”:

En primer lugar la prohibición de que se aplique la ley penal fuera de los casos que ella misma prevé, que alcanza incluso a la proscripción de uso de la analogía y del derecho consuetudinario. Ambos recursos serán inhábiles para fundamentar o agravar la responsabilidad penal. Las formulas; *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta* y *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta* así lo evidencian. Es así entonces que sólo la ley escrita puede ser un instrumento útil para crear conductas punibles y las sanciones que a ellas estarán asociadas.

Se entiende en este sistema que la fuente del derecho penal que no es escrita, impide al ciudadano adquirir los niveles de seguridad y certeza que el ejercicio del poder punitivo requiere.

Lo propio acontece con la prohibición de retroactividad de la norma penal, que bajo el enunciado de *nullum crimen, nulla poena, sine lege praevia*, obliga a que los hechos de los cuales emana la responsabilidad criminal sean susceptibles de conocimiento previo por los imperados, excluyendo la aplicación retroactiva de las leyes penales. Se resguarda la seguridad del ciudadano y se asegura de aplicar las consecuencias punitivas a sujetos responsables.

Por último es necesario que los hechos punibles y sus consecuencias, además sean suficientemente reconocibles de la descripción que la propia norma contiene, prohibiendo bajo la formula *nullum crimen, nulla poena sine lege certa* que los delitos y las penas sean indeterminadas. Con esta prohibición se asegura la certeza de que no se va a penar conductas, ni se aplicaran sanciones indefinidas en la propia ley.

La necesaria combinación entre precisión y flexibilidad, para no abarcar los supuestos no queridos como delictivos y para incluir los casos no conocidos pero de semejante gravedad, obligan al empleo de una cuidadosa técnica al legislador y a que el intérprete no desvirtúe tal

equilibrio. No deja de ser cierta, sin embargo la dificultad de fijar el grado de precisión necesario de la ley penal, de forma que resulta complejo alcanzar la formulación de criterios generales sobre tal determinabilidad, pudiendo decirse que el mismo principio o mandato de determinación de la ley penal resulta en si mismo un concepto jurídico indeterminado. Pese a reconocerse las dificultades existentes para formular los hechos con exactitud y las posibles tensiones entre la seguridad jurídica y la justicia del caso, “el logro de la máxima taxatividad posible y de la real vinculación del juez al tenor de la ley es un objetivo irrenunciable para el Derecho penal de un Estado democrático de Derecho”<sup>33</sup> .

La legalidad así establecida, se alza como un límite trascendental para las actuaciones estatales, en cuanto constituye el refugio fundamental, donde se asilan las garantías individuales frente al ejercicio del poder punitivo. Actúa en cuanto principio, como una salvaguarda contra la arbitrariedad punitiva y se eleva como una barrera de contención infranqueable donde el sujeto puede amparar la esencia de sus derechos fundamentales sin temor a la arbitrariedad y el descontrol.

Su importancia política resulta máxima, pues no se puede sobrepasar la garantía de libertad que este otorga sin afectar la legitimidad del sistema en su totalidad.<sup>34</sup> Condiciona indefectiblemente el poder, y su rendimiento como cortapisa frente al mismo lo legitimará o invalidará. De allí que derive, de esta condición, el grado de

---

<sup>33</sup> Mata y Martín, Ricardo, “*El principio de legalidad en el ámbito penitenciario*” Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo (19), Anuario Facultad de Derecho – Universidad de Alcalá IV (2001) p. 255.

<sup>34</sup> Mata y Martín, Ricardo “*El principio de legalidad en el ámbito penitenciario*”, p.254.

racionalidad (Justificación ético-política) que se le atribuye,<sup>35</sup> por esencia contraria al despotismo y al abuso.<sup>36</sup>

## 1.2.- Consagración

En el caso chileno la Constitución Política de la República lo recoge en su Capítulo Tercero referido a los deberes y derechos constitucionales y lo desarrolla como el contenido del derecho a la igualdad ante la ley (Art. 19 N°3). Complementado con lo establecido en el Código Penal en su artículo 1° al señalar que: “Es delito toda acción u omisión penada por la ley”, prohibiendo en su artículo 18, el castigo “con otra pena que la que le señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración.”<sup>37</sup>

A su vez el artículo 19 N°7 de la Carta Fundamental, prohíbe la retroactividad de la ley penal bajo la fórmula “Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado”. Imponiendo la necesidad que tanto el delito como su consecuencia deben estar establecidos con anticipación al acaecimiento de los hechos.<sup>38</sup>

Estas prescripciones nos permiten construir la base jurídica de la garantía y su examen nos ayudará a visualizar el grado de eficacia que tienen dentro del sistema ejecutivo.<sup>39</sup>

---

<sup>35</sup> Naucke (200): 545, “sin principio de legalidad no hay en los tribunales ambiente alguno posible de racionalidad”. en Mata y Martín, Ricardo, “*El principio de legalidad en el ámbito penitenciario*” Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo (19), Anuario Facultad de Derecho – Universidad de Alcalá IV (2001) p. 255.

<sup>36</sup> Ferrajoli (2005): 21 – 2, en Mata y Martín, Ricardo, “*El principio de legalidad en el ámbito penitenciario*” Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo (19), Anuario Facultad de Derecho – Universidad de Alcalá IV (2001) p. 255.

<sup>37</sup> Bustos, Juan y Hormazabal, Hernán. “*Lecciones de derecho penal chileno: Volumen I*”. Santiago, Librotecnia 2012. p. 133 y siguientes.

<sup>38</sup> Según el Profesor Cury “El principio de legalidad se encontraba consagrado en el art. 11 de la C.P.E. de 1925, reemplazo actualmente por los incs. séptimo y octavo [del artículo 189 N°3] de la C.P.R. de 1980”. Agregando que la primera de estas disposiciones se reitera, además, en el art. 18 del C.P., y ambas en el 1º, inci. Primero, de ese mismo cuerpo legal”. Cury, Enrique. “*Derecho Penal: Parte General*”. Santiago, Ediciones UC 2011. p.168.

<sup>39</sup> A nivel interamericano, el principio de legalidad se encuentra recogido en el Principio VIII de los Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas que estipula: “Principio VIII. Derechos y restricciones. Las personas privadas de libertad gozarán de los

## 2.- CAPITULO II. FUNCIONES DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

El principio de legalidad (bajo este orden de análisis) adquiere al menos y de forma coetánea una doble función frente al poder penal en un Estado democrático de derecho: por una parte lo sustenta y le da justificación (legitimación formal y material) a su existencia y por otra, coetáneamente, lo limita instituyéndose como una garantía de libertad para el sujeto.<sup>40</sup> Como lo exponen los profesores Bustos y Hormazabal, el derecho penal moderno nació con la intencionalidad política de poner límites al poder coactivo del Estado absoluto.<sup>41</sup>

Surgen entonces como función del principio de legalidad, la autoridad para legitimar el poder penal y el rol garantista de la libertad del ciudadano frente al mismo. Derivadas estas, de la tensión dialéctica que provoca la relación libertad y poder, que justifica la existencia de ambos y los limita en racional proporción,<sup>42</sup> propio de un Estado democrático de derecho.<sup>43</sup>

---

mismos derechos reconocidos a toda persona en los instrumentos nacionales e internacionales sobre derechos humanos, a excepción de aquéllos cuyo ejercicio esté limitado o restringido temporalmente, por disposición de la ley y por razones inherentes a su condición de personas privadas de libertad”.

<sup>40</sup> Bergarlli Roberto, (1998):58, señala que “el principio de legalidad arraiga entonces en la propia historia del Estado moderno y constituye, junto a otros principios, un fundamento ineludible de la organización política indivisible de la modernidad jurídica”.

<sup>41</sup> Bustos, Juan y Hormazabal, Hernán. “*Nuevo sistema de Derecho Penal*”. Madrid, Trotta 2004. p. 26.

<sup>42</sup> En este sentido Mata y Martín nos hace saber que: “El hombre cuando se reúne con otros hombres formando un grupo, una sociedad o un Estado, todos quedan, al mismo tiempo, obligados entre sí, pues la soberanía y libertad de unos quedan limitados por la soberanía y libertad de otros. Es decir, deben reunirse pacíficamente y acordar los límites de su libertad, los límites hasta los que están dispuestos a renunciar a su soberanía. Estos límites deben ser trazados con precisión y ser estrictamente controlados. Estos límites los traza el Derecho y se reflejan en las leyes que, según el esquema ideal, se han dado a todos y que, consecuentemente, todo el que las aplica queda estrictamente vinculado a ellas. Sólo esta vinculación garantiza que la convivencia humana no conduzca a infracciones jurídicas, pues hasta los límites de la libertad, trazados idealmente, y sólo hasta ellos, ha renunciado todo el mundo a su libertad en interés de la sociedad civil, que es su propio interés”. Mata y Martín, Ricardo, “*El principio de legalidad en el ámbito penitenciario*” Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo (19), p.66.

<sup>43</sup> “(...) el principio de legalidad en este ámbito asegura, pues, el fundamento democrático de las restricciones a los derechos y garantías de los sujetos y el carácter cognoscitivo de las prohibiciones y mandatos punitivos Valenzuela, Jonatan. “Estado actual de la reforma al sistema penitenciario en Chile”, en *Revista de Estudios de la Justicia* N° 6, Centro de Estudios de la Justicia, Universidad de Chile, 2005, pp. 191ss., (p. 199.)

Mata y Martín nos ilustra además, indicando que el principio de legalidad actúa como un eje vertebrador del sistema en su conjunto,<sup>44</sup> en tanto encuentra fundamento si se corresponde al ordenamiento jurídico vigente, y cumple su función de garantía al traspasar todo el sistema penal irradiando sus diferentes momentos,<sup>45</sup> imponiendo un estándar mínimo de certeza democrática al ejercicio del poder estatal, que no puede ser contrariado sin grave perjuicio para su legitimidad.<sup>46</sup>

#### 2.1.- Función de legitimación.

En cuanto función de legitimidad del derecho penal moderno,<sup>47</sup> hemos de concebir una forma de administrar el poder punitivo del Estado sujeto a límites, que resultan infranqueables para que su ejercicio se justifique y sea este el corolario de la soberanía popular.

Otorga legitimidad a los procesos de incriminación, en cuanto deviene de la especial forma democrática que sume el Estado,<sup>48</sup> al vincular las expresiones del poder punitivo, indisolublemente, con el sistema de representación popular del ciudadano.<sup>49</sup> Se conecta de esta manera con las bases mismas sobre las que se asienta la organización política del Estado y la forma en que se hace ejercicio el poder soberano immanente a él. La ley, será el instrumento en que conste la voluntad soberana y su existencia, requisito *sine qua non* para limitar las esferas de libertad.

No en vano el profesor Juan Bustos dice que, al plantearse la cuestión criminal desde la política, se está significando su relación con el poder, esto es con la capacidad que

---

<sup>44</sup> Mata y Martín, Ricardo, “El principio de legalidad en el ámbito penitenciario” Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo (19), p. 253.

<sup>45</sup> Que culmina con la completa ejecución de la pena.

<sup>46</sup> Mata y Martín, Ricardo, “El principio de legalidad en el ámbito penitenciario” Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo (19), p. 254.

<sup>47</sup> Bustos, Juan y Hormazabal, Hernan, “Nuevo sistema de derecho penal”, Editorial Trotta, 2004. p.28.

<sup>48</sup> Bustos, Juan y Hormazabal, Hernan, “Nuevo sistema de derecho penal”, Editorial Trotta, 2004. p.26-40.

<sup>49</sup> Carou, Sara, “El Principio de Legalidad en el Derecho penitenciario español “ InDret Octubre 2017.

se tiene dentro del Estado de definir los procesos criminales y, por tanto, de dirigir y organizar el sistema social en relación a la cuestión criminal.<sup>50</sup>

## 2.2.- Función de garantía.

La libertad del ciudadano será garantizada mediante la vinculación de los poderes del Estado a la ley, y su restricción solo podrá ser tolerada cuando estos poderes encuadren sus actuaciones en los casos abstractos que este instrumento contemple.

Derivan del principio de legalidad cuatro garantías: una *garantía criminal*, que exige definir por ley el comportamiento delictivo mediante la determinación del tipo penal; una *garantía penal*, mediante la cual solo la ley puede establecer las consecuencias jurídico penales que se derivan de la comisión de los delitos; una *garantía jurisdiccional*, que exige que tanto la existencia del delito y la imposición de la pena se determinen en una sentencia judicial y de acuerdo a un procedimiento legalmente establecido; y una *garantía de ejecución*, que exige que la forma de cumplimiento de la pena impuesta se sujete a las prescripciones establecidas en la ley.<sup>51</sup>

La Constitución Política de la República en su artículo 19 N° 7 letra b), recogiendo el principio de legalidad penal, da forma a la garantía ejecutiva bajo una fórmula prohibitiva en que mandata que “Nadie puede ser privado de su libertad personal ni ésta restringida sino en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes”. De esta forma establece un requisito básico e insalvable para la afectación del derecho a la libertad individual e impone a los poderes públicos el deber irrestricto de apego a las prescripciones legales.

---

<sup>50</sup> Bustos, Juan, “Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica” año 8 N°12 1996.

<sup>51</sup> “El derecho penal moderno nace con el principio garantista formal que la ciencia penal conoce con el nombre de *principio de legalidad* (no hay delito sin ley, no hay pena sin ley, no hay pena sin crimen, y a todo hecho criminal le corresponde una penal legal). Este principio abarca todo el sistema penal, no sólo la *garantía criminal*, y la *garantía penal*, sino también la *garantía jurisdiccional*(Tribunales y procedimientos legales) y *garantía de ejecución*(el cumplimiento de la pena regulado por la ley). Como puede apreciarse, las garantías que conlleva el principio de legalidad atraviesan todo el sistema penal, la incriminación primaria y la secundaria”. Bustos, Juan y Hormazabal, Hernan, “*Nuevo sistema de derecho penal*”, Editorial Trotta, 2004. p.28.

De tal manera que solo la ley puede establecer los casos y el modo en que ese derecho, de libertad personal, puede ser afectado. Claramente este precepto es aplicable a la ejecución de la pena, en cuanto esta constituye una forma material y concreta de afectación.

Es palmario que del mandato constitucional deviene un imperativo para el legislador de establecer legalmente los parámetros de cumplimiento penal y para el juez el mandato de exigir el cumplimiento de tales preceptos. Bajo esta fórmula y por aplicación además del artículo 76 de la Constitución Política de la República, que mandata al poder judicial hacer ejecutar lo juzgado, se excluye la posibilidad de sostener una concepción administrativista de la actividad de ejecución penal.<sup>52</sup>

#### 2.2.1.- Garantía ejecutiva de legalidad

El genérico principio de legalidad, en materia penal, incluye la llamada garantía ejecutiva que limita el poder de las agencias penales en la fase de cumplimiento y reclama estricto apego a la ley para la afectación de los derechos fundamentales del recluso.<sup>53</sup> Sobre todo si hemos de considerar la complejidad de legitimar la penalidad bajo un paradigma más amplio que la sola referencia a las funciones normativamente declaradas, propias del discurso jurídico penal hegemónico.<sup>54</sup>

---

<sup>52</sup> Al efecto la profesora María Inés Horvitz sostiene: Al respecto "(...) en Chile no concurren tales circunstancias en el ámbito de la ejecución de las penas privativas de libertad, a pesar que la doctrina nacional sostiene que este principio, consagrado en el artículo 19 N° 3 incisos 6° y 7° de la Constitución Política, debería abarcar todas las fases de manifestación de la práctica punitiva estatal –conminación, adjudicación y ejecución de las penas y medidas de seguridad-, en tanto ella constituye una potencial fuente de afectación de derechos constitucionales. Diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, así como la jurisprudencia de sus órganos, han ido sentando estándares más exigentes sobre esta materia. Chile, sin embargo, no solo no ha cumplido con su deber de regular a través de una ley todo lo concerniente a la ejecución penal, sino que tampoco ha cumplido con el principio de estricta jurisdicción, en tanto no existen tribunales especializados que resuelvan de manera exclusiva o preponderante los conflictos que surgen entre los privados de libertad con la administración penitenciaria o entre los internos entre sí". Horvitz, María Inés. *"La insostenible situación de la ejecución de las penas privativas de libertad: ¿vigencia del Estado de derecho o estado de naturaleza?"* 2018.

<sup>53</sup> Rivera, Iñaki, *"La cuestión carcelaria"*, Editorial del Puerto, Argentina. 2006.

<sup>54</sup> Obvio es señalar que nada de ello tiene que ver con las funciones que materialmente cumplan los sistemas punitivos en la realidad, cuestión que por pertenecer al universo sociológico, (casi) nunca fue advertida por aquel discurso jurídico hegemónico. En tal sentido, semejante discurso, pese a querer

Esto es especialmente relevante en el objeto de nuestro estudio, por cuanto nos obliga a establecer los marcos irreductibles de reserva entregados a la ley y con ello circunscribir el ejercicio jurisdiccional del juez para materializar la garantía durante el momento ejecutivo.

Un Estado democrático de derecho no tolera que el ejercicio del poder punitivo se realice sin la manifestación democrática del mismo, materializada en la expresión de una ley. Emanada de ello, la necesidad de que exista una ley penitenciaria que regule el cumplimiento penal y que plasme la garantía ejecutiva dándole cuerpo y existencia concreta.

Sobre todo si hemos de asumir que la persona privada de libertad posee el status jurídico de ser un sujeto titular de derechos fundamentales,<sup>55</sup> negando toda

---

construir auténticas *"teorías de la pena"*, se quedó en el estadio -en el mejor de los casos- de la construcción de simples *"mitologías del castigo"*; mas, no por ello, como se verá después, éstas dejaron de cumplir un claro papel ideológico. Rivera, Iñaki, *"Recorridos y posibles formas de la penalidad"*, Editorial Anthropos, 2005, p. 15.

<sup>55</sup> "como punto de partida, debemos asumir que las personas privadas de su libertad son sujetos de derecho. Sin embargo, así como se admite que son titulares de un catálogo de derechos, también se acepta que éstos no son absolutos y pueden ser limitados en su ejercicio (art. 27, CADH). En cuanto a la facultad que tiene el Estado de limitar los derechos en general, la propia Convención Americana establece los requisitos que debe cumplir toda reglamentación y restricción de ellos. De esta forma, se exige que la reglamentación debe ser razonable y que no debe restringir derecho alguno, sino hacer posible su ejercicio. En cuanto a la restricción, el art. 30, CADH, establece que ésta, para ser legítima, debe estar prevista por ley; en tanto que el art. 32 prevé que debe ser necesaria para una sociedad democrática y el bien común. Por otra parte, la Corte Interamericana ha establecido otro requisito al señalar que entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido. Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo. Específicamente, con respecto a la restricción de los derechos de los presos, la Comisión Interamericana tuvo oportunidad de sentar algunos principios que restringen la facultad del Estado de limitarlo los derechos, cuando ellos supuestamente se contraponen con otros intereses estatales, por ejemplo, la seguridad de la institución carcelaria. Así, además de los requisitos generales de toda restricción, ha establecido: a) que la medida sea absolutamente necesaria para lograr el objetivo de seguridad en un caso particular esto es, que en el caso determinado existan motivos de sospecha de que existe un peligro-; b) que no exista otra medida que permita lograr el objetivo de seguridad que sea menos restrictiva; y c) que exista una orden judicial. Bovino, Alberto *"Control judicial de la privación de libertad y derechos humanos"* Revista Jurídica N°17 . 2004 pp. 1-23.

aproximación a la concepción administrativista de la ejecución que resulta propicia para generar relaciones de sujeción especial entre el individuo y el Estado.<sup>56</sup> Agrega al respecto la Profesora María Inés Horvitz que:

“En Chile, el arraigo y tradición de esta doctrina en la cultura jurídica ha tenido un peso gravitante para justificar el debilitamiento de los derechos y garantías de aquellas personas sometidas a vínculos especiales con el Estado y, por consiguiente, para admitir una mayor “flexibilidad” en la exigencia del principio de legalidad, al tolerarse “una mayor apertura a la regulación reglamentaria respecto de las materias de reserva legal”.

Aceptando que podrán existir limitaciones derivadas de su situación de reclusión, las que solo pueden ser establecidas por ley, la regla ha de ser, el pleno reconocimiento, ejercicio y tutela de sus derechos fundamentales. La excepción, tiene que ser, consecuentemente, la restricción de alguno de ellos.<sup>57</sup>

Esta idea se encuentra en consonancia con lo establecido en la tendencia creciente de la legislación comparada, en orden a reconocer los límites impuestos por el principio de legalidad a las restricciones de los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad. Lo que adquiere especial sentido cuando valoramos además las condiciones materiales en que se ejercen estos derechos dentro de los recintos carcelarios, dado que estas son claramente impeditivas y obligan al sujeto a someterse solo al estándar posible de protección y no al estándar que exige la norma.<sup>58</sup>

---

<sup>56</sup> Horvitz, María Inés. “La insostenible situación de la ejecución de las penas privativas de libertad: ¿vigencia del Estado de derecho o estado de naturaleza?” 2018 citando a Guzman Dalbora, La pena, cit. nota n°1, pp. 187ss.; Cordero, cit. nota n° 35, pp. 23ss.; y Garrido, Mario, Derecho Penal. Parte General (Tomo I), Ed. Jurídica de Chile, 2003, p. 155, quien, aunque no invoca expresamente esta doctrina, se refiere a las potestades disciplinarias y correctivas de la Administración respecto de las cuales “no rige el principio de legalidad” ni tampoco el “juicio previo” para la aplicación de las sanciones.

<sup>57</sup> Véase Estudio Comparado sobre Ejecución de Penas, de la Fundación Paz ciudadana consultado en: <http://www.pazciudadana.cl/wp-content/uploads/2015/04/estudio-comparado-sobre-tribunales-ejecucion-de-penas.pdf>

<sup>58</sup> Véase Estudio Condiciones de vida en los Centros de Privación de Libertad en Chile: Análisis a partir de una encuesta aplicada a seis países de Latinoamérica. De los autores Diego Piñol y Mauricio

El desarrollo normativo de la garantía ejecutiva para la fase de ejecución penal, lo encontramos en el artículo 80 inciso 1º del Código Penal al indicar que “Tampoco puede ser ejecutada pena alguna en otra forma que la prescrita por la ley, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto”. Reserva legal que debe por su parte, aplicarse dentro de los márgenes constitucionales establecidos en el numeral 26 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, esto es que, los preceptos legales que regulen o complementen las garantías que la Constitución establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no pueden afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.

De tal suerte que, la garantía en este último momento del proceso punitivo, se va a materializar no solo a través de la dictación de leyes de ejecución penal, sino también mediante el control que respecto de ellas se ejerza y con la forma en que se manifieste el ejercicio concreto del poder por la administración.

Esto es gravitante, por cuanto a pesar de la inexistencia de una ley específica, igualmente resulta posible, atendido la substancia de la garantía, que el ejercicio del poder penal en la fase ejecutiva sea respetuoso de la legalidad, toda vez que esta impone una serie de obligaciones específicas que van más allá de la existencia de una ley y su contenido.

#### 2.2.2.- Contenido de la garantía de legalidad en la ejecución.

Como hemos dicho ya, el principio de legalidad es la expresión mas clara de la función garantista que tiene la ley frente al poder punitivo del Estado y su contenido traza con firmeza los límites de un campo en que todas las decisiones fundamentales competen

a la ley. Su extensión al ámbito de la ejecución penal le es natural, dada la especial intensidad con que se materializa el poder en la fase de cumplimiento.<sup>59</sup>

Así entonces la garantía de legalidad o garantía ejecutiva, en tanto emana del principio de legalidad como postulado de origen político, que enraíza con la filosofía de la Ilustración, representada en este caso por la teoría rousseauiana del contrato social y por la idea de separación de poderes enunciada por Montesquieu, está compuesta por un sistema de restricciones y mandatos a los poderes públicos que limitan sus atribuciones, atravesando todo el sistema penal e imponiendo ciertas obligaciones con el objeto de crear un sistema de cumplimiento, especialmente de las penas privativas de libertad, que permita abolir la arbitrariedad y eliminar los abusos.<sup>60</sup>

En este esquema, el Poder Legislativo se encuentra obligado, a configurar, mediante la ley, un sistema de cumplimiento cierto y conocido suficientemente; el Poder Judicial a ajustar sus resoluciones a la legalidad vigente; y el Poder Ejecutivo, representado por la administración penitenciaria, a respetar el sistema legal de ejecución.

Así, los mandatos a los poderes públicos, expresados en forma de límites por la garantía ejecutiva, para la fase de cumplimiento, se pueden agrupar de la forma siguiente:

#### 2.2.2.1.- Poder Legislativo

El Poder Legislativo debe crear un sistema de normas de rango legal que le permitan a los operadores y a los privados de libertad, conocer con claridad cada una de las prescripciones normativas que satisfacen el imperio del derecho.

Debe existir una ley que contemple los derechos y deberes a que se encuentran sometidas las personas en el ámbito del encarcelamiento, como asimismo las

---

<sup>59</sup> Cury, Enrique. *Manual de Derecho Penal: Parte General* Santiago, Ediciones UC 2011. pp. 165.

<sup>60</sup> Bustos, Juan y Hormazabal, Hernan, *Nuevo sistema de derecho penal*, Editorial Trotta, 2004. pp.26, 28; Peña Luzon PG 3 ed. 2016, pp.50 en Carou, Sara *El principio de legalidad en el derecho penitenciario español*, Revista para el Análisis del Derecho InDret, 2017. pp.2.

condiciones y requisitos para que sus derechos puedan ser limitados por la actividad ejecutiva. Queda proscrito que el Poder Ejecutivo se regule asimismo en materia penitenciaria por decreto y que el reglamento invada el ámbito exclusivo que la Constitución reserva para la ley.<sup>61</sup>

Al respecto el Subcomité para la Prevención de la Tortura y otros Tratos o Penas, Crueles, Inhumanos y Degradantes en su visita a Chile del año 2016, ha indicado como recomendación que: "...nota la falta de legislación que regule de manera orgánica y comprensible la situación de las PPL (personas privadas de libertad) ya que el sistema penitenciario sigue fundándose en una normativa de rango infra-legal (Reglamento de Establecimientos Penitenciarios y otros decretos accesorios)".<sup>62</sup>

Por consiguiente es preciso que el legislador adopte una posición clara respecto de cómo se han de salvaguardar los derechos de las personas privadas de libertad, sea asumiendo posturas doctrinarias tales como la cláusula de contenido esencial, a través de la cual el núcleo del derecho nunca puede ser limitado y solo es posible limitar su círculo exterior o aceptando la relativización de ella, mediante la cual se permite la actividad limitadora siempre que se justifique las medidas o disposiciones restrictivas.<sup>63</sup>

Una posición intermedia asume que se pueden restringir derechos debidamente justificados siempre que se mantenga inalterable un núcleo mínimo intangible. Para ello son necesarios los criterios de proporcionalidad y de preservación del contenido esencial de los derechos constitucionales.<sup>64</sup>

---

<sup>61</sup> Esta prohibición rige aún a pesar de que no existe ley de ejecución, es decir, no es legítimo en el modelo político del Estado de derecho, utilizar el reglamento para normar materias de ley argumentando como excusa su ausencia.

<sup>62</sup> Informe del Subcomité para la prevención de la tortura y otros tratos o penas, crueles, inhumano o degradantes. Visita a Chile: Recomendaciones y Observaciones dirigidas al Estado parte (4 – 13 abril 2016) [http://www.minjusticia.gob.cl/media/2016/12/InformeFinal\\_SPT.pdf](http://www.minjusticia.gob.cl/media/2016/12/InformeFinal_SPT.pdf) . Recomendaciones 37, 38, 39 y 40.

<sup>63</sup> Prieto Sanchíz, Luis, *Derechos Fundamentales, neo constitucionalismo y ponderación judicial*, Palestra Editores, Lima 2002, p. 62, en Cesano, José Daniel, *Teoría y práctica de los derechos fundamentales de las prisiones*.

<sup>64</sup> Häberle, P. *El Legislador de los derechos*", en López Pina, A. (dir) *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*, Servicio de publicaciones de la facultad de

Es imperativo que estas normas no solo cumplan con el aspecto formal del instrumento, esto es que, emanen del poder legislativo cumpliendo los actos de tramitación que la Constitución mandata, sino además que materialmente sea suficiente, esto es que logre dar protección al núcleo de los derechos de los privados de libertad, evitando ambigüedades o indeterminaciones que pudieren ser constitutivos de prácticas abusivas dentro de nichos desprovistos de la garantía ejecutiva frente al poder.

El Legislador además de la norma sustantiva, debe siempre prodigarse en establecer un control judicial efectivo que pueda tener las características de imparcialidad y especialidad, a través de una norma adjetiva o procedimental que permitan efectivamente que dicho control se realice.

Emana de lo anterior la obligación de:

- Dictar una Ley que cumpla con las formalidades dispuestas por la Constitución Política de la República y que esté dotada de validez formal. Esto es, respetar el mecanismo constitucional vinculado a los órganos estatales del que debe emanar un producto normativo legitimado, entre otros, por un componente democrático.
- La ley debe contener normas sustanciales que den un tratamiento adecuado los derechos y obligaciones de los sujetos a privación de libertad y se refiera muy especialmente a la forma y oportunidades en que pueden, estos derechos fundamentales, ser restringidos. Es preciso que esta norma en sus hipótesis restrictivas imponga el respeto por el contenido esencial de los derechos, en una aplicación equitativa con el principio de proporcionalidad.

---

derecho de la Universidad Complutense, Madrid 1991, pp. 120-122. En Cesano José, Daniel *Teoría y práctica de los derechos fundamentales de las prisiones*.

- Debe dictar al mismo tiempo normas legales que permitan establecer un sistema de control jurisdiccional real de la etapa de cumplimiento, con el propósito de ser este un mecanismo efectivo para velar por la vigencia y efectividad de la ley.

#### 2.2.2.2.- Poder Judicial

El Poder Judicial bajo el imperio del principio de legalidad y como una exigencia de eficiencia de la garantía ejecutiva, impone a los jueces supeditar los diferentes grados de conocimiento, fallo y ejecución a los mandatos de la ley y encuadrar sus actuaciones a los presupuestos procesales que la misma obliga.

Tal concepción del mandato al órgano jurisdiccional es reconocida por la Excelentísima Corte Suprema que releva la protección a los derechos fundamentales a un sitio de preeminencia para el Estado de derecho. Alzándose el juez como el principal garante de los mismos.

Al efecto la Excelentísima Corte Suprema de Justicia lo ha expresado con las siguientes palabras :

“Para esta Corte, en términos generales, incumbe a todo Juez de la República la aplicación del ordenamiento jurídico a los casos concretos sometidos a su decisión (...) La integralidad y coherencia de dicho sistema de normas obliga al juzgador a elegir la norma o grupo de normas precisas que utilizará y el sentido de las mismas. En el ejercicio de esa labor intelectual de selección e interpretación puede identificar reglas jurídicas que contienen sentidos opuestos, e incluso reglas jurídicas que se oponen a sendos principios rectores del sistema jurídico. Pues bien, la solución de tales conflictos de normas es también objeto del juzgamiento (...) No se discute, en la doctrina constitucional, que los jueces del fondo tengan facultades para interpretar las reglas legales conforme a la Constitución, así como tampoco la utilización de las normas constitucionales de un modo

directo para la solución del conflicto específico y, en ambos casos, el juez ha debido interpretar la Constitución”.<sup>65</sup>

Ello supone satisfacer una doble necesidad: por un lado la potestad jurisdiccional de hacer ejecutar lo juzgado por un juez especializado e independiente y por otra, reconocer al sujeto penado en la titularidad de sus derechos fundamentales amparado por la ley.<sup>66</sup>

Este ejercicio en la jurisdicción ejecutiva, por lo demás, debe siempre ser ejecutado por una judicatura especializada que cumpla con un perfil transdisciplinar, en el cual confluyan saberes afines pero disímiles, como la criminología, victimología, penología, psicología y el derecho entre otros.<sup>67</sup>

Bajo este concepto los jueces no pueden utilizar métodos de interpretación que estén fuera de la ley ni utilizar la analogía y la retroactividad penal.

Emana desde allí las obligaciones de:

- Garantizar que en el cumplimiento de la pena privativa de libertad, la administración o terceros, no incurran en excesos de poder que afecten ilegítimamente derechos de los sujetos amparados en intereses actuariales como la seguridad y el buen orden interno de los penales.

Es necesario que el control jurisdiccional sea pródigo en supervisar principalmente:

- Los procedimientos más intrusivos como lo pueden llegar a ser los cacheos corporales, allanamientos, régimen de sanciones y uso de la fuerza.

---

<sup>65</sup> Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 5420-2008.

<sup>66</sup> Subijana, Ignacio, *“El Juez en la ejecución de las penas privativas de libertad”*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología ISSN 1695-0194.

<sup>67</sup> García Alberó, Ramón y Taramit, Josep. *“La reforma de la ejecución penal”*. Edit Tirant lo Blanch 2004. pp. 20

- Los procedimientos que no importe uso de la fuerza intensa pero que conlleven restricción de derechos, tales como traslados, uso de comunicaciones con el exterior y acceso a derechos que por norma general están restringidos en el régimen cerrado.
- Controlar las condiciones de internamiento para que estas no sean gravosas de la dignidad humana y permitan el desarrollo de la personalidad al menos en su estándar mínimo exigible.
- El juez debe controlar el régimen carcelario con el objeto de evitar los efectos perniciosos de la prisionización, haciendo valer los principios de igualdad de condiciones con el medio libre y el principio de atenuación o ejecución penitenciaria mínima.
- Es necesario que además se ejerza un control sobre las actividades de trato e intervención que sean especialmente diseñadas para conseguir como fin de la pena la reinserción social del penado. Esto por cuanto se debe velar por mantener el sustrato legitimante de la pena privativa de libertad, basada en el fin preventivo especial positivo.

#### 2.2.2.3.- Poder Ejecutivo

En tanto el momento ejecutivo constituye una parte de la fase de incriminación secundaria, resulta imperioso controlar a las agencias penales imponiendo límites en la operatoria concreta del sistema, esto con el objeto de no abrir espacios para los excesos de poder y supeditar la actividad del Estado al marco de legitimidad que otorga su modelo democrático.<sup>68</sup>

---

<sup>68</sup> Bustos, Juan y Hormazabal, Hernan, *“Nuevo sistema de derecho penal”*, Editorial Trotta, 2004. pp.29. Aunque los autores hablan de los límites facticos aplicados a la fase de incriminación secundaria, el argumento, es plenamente aplicable a la fase de ejecución en sede penitenciaria. Bajo esta premisa, no todo límite factico esgrimido por las agencias penales debe ser tolerado, por cuanto estos según su entidad pueden desmotar la garantía y naturalizar un estado de cosas menos al límite inferior admitido

Aplicando lo expresado por los profesores Bustos y Hormazabal, en la etapa de ejecución no deberían ser tolerados los límites facticos derivados de la falta de medios materiales, esgrimidos permanentemente por las agencias penales como circunstancias insalvables, por cuanto estos, según su entidad, pueden desmontar la garantía ejecutiva y naturalizar un estado de cosas menor al límite inferior admitido.

Para nadie es un misterio que la restricción de los derechos no solo se produce al momento de la creación de la norma por el legislador, sino también en el momento de aplicación tanto por los órganos jurisdiccionales como por la propia administración en el desarrollo de su actividad.

Al Poder Ejecutivo entonces se le obliga a que sus actuaciones se subordinen a la ley y que sus agentes, como partes de la administración penitenciaria, actúen dentro del ámbito de competencia que este instrumento les concede.<sup>69</sup>

No debemos olvidar que Gendarmería de Chile, como operador penitenciario, es un servicio público regido por el Decreto Ley 2.859 de 1979, dependiente del Ministerio de Justicia que se encuentra afecto, atendida su naturaleza, a los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República, debiendo ajustar sus actuaciones a dichas prescripciones y a las normas complementarias dictadas conforme a ella. En tanto órgano público se debe al cumplimiento del principio de legalidad de la administración.<sup>70</sup>

---

<sup>69</sup> Artículo 6 y 7 de la Constitución Política de la República.

<sup>70</sup> El artículo 7 de la Constitución Política de la República, dispone que el actuar de los órganos del Estado sólo será válido en tanto cuanto sus agentes obren dentro de su competencia y en la forma prescrita por la ley. El inciso 2º de la citada norma establece que: "Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes". Norma que tiene su símil en el Decreto Nº 518 al disponer en su artículo 4º que la actividad penitenciaria debe desarrollarse dentro de los límites impuestos por el ordenamiento jurídico. Por su parte el inciso segundo de la citada norma establece que: "Los funcionarios que quebranten estos límites incurrirán en responsabilidad, de acuerdo con la legislación vigente". Por su parte el El Decreto Nº 518 establece en el inciso 1º de su artículo 6º que "Ningún interno será sometido a torturas, a tratos crueles, inhumanos o degradantes, de palabra u obra, ni será objeto de rigor innecesario en la aplicación de las normas del presente Reglamento". El artículo 10 de dicha normativa, establece en tanto que "Los establecimientos penitenciarios se organizarán conforme a los siguientes principios: a) Una ordenación de la convivencia

De tal suerte que, a la administración penitenciaria le está vedada actuar bajo estándares que la ley no contempla e impedida de dictar norma reglamentaria e instrucciones invadiendo el ámbito de reserva legal. No puede suplir por vía de la potestad reglamentaria el ámbito de reserva dispuestos para ella y debe limitarse a complementar los presupuestos legales para la mejor ejecución de su mandato.<sup>71</sup>

Es un deber para la Administración, dictar los complementos normativos que permitan a los presupuestos legales tener aplicación práctica en la realidad de la actividad ejecutiva, evitando que la falta de regulación impida satisfacer los presupuestos que ella contiene.

Emanan como obligaciones las siguientes:

---

adecuada a cada tipo de establecimiento, basada en el respeto de los derechos y la exigencia de los deberes de cada persona”. Asimismo el artículo 25, sujeta el régimen penitenciario a las normas contenidas en la Constitución Política de la República y los Tratados Internacionales Ratificados por Chile y vigentes. El artículo 15 de la Ley Orgánica de Gendarmería Decreto Ley N° 2.859, dispone: “El personal de gendarmería deberá otorgar a cada persona bajo su cuidado un trato digno propio de su condición humana. Cualquier trato vejatorio o abuso de autoridad será debidamente sancionado conforme a las leyes y reglamentos vigentes”.

<sup>71</sup> (...) una de las primeras infracciones que sobresalen es de rango formal. En este sentido, debe recordarse que los derechos y libertades garantizados en la Constitución sólo pueden ser regulados por ley y, aún más, dicha ley no puede establecer limitaciones que afecten la esencia del derecho, ni imponer condiciones o requisitos que impidan su libre ejercicio, tal como lo estatuye el No 26 del art. 19 de la Constitución Política. Entonces, cualquier regulación que se realice a la forma, requisitos y condiciones en que se practica la privación de libertad debe establecerse por ley y bajo ninguna circunstancia el hecho de que una persona esté privada de libertad le impide ejercer sus demás derechos constitucionales.

Frente a estas preliminares observaciones, ya nos encontramos con que nuestro Reglamento Penitenciario no cumple con el aspecto formal establecido en la Constitución, toda vez que esta norma tiene un rango inferior a la ley. Carnevali, Raúl, Maldonado, Francisco, “*El tratamiento penitenciario en Chile. Especial atención a problemas de constitucionalidad*”, en *Revista Ius et Praxis*, año 19, N° 2 (2013), Universidad de Talca. Disponible en: [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122013000200012](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122013000200012)

- La actividad reglamentaria que debe proyectarse en relación a la legislación, para complementarla y no para suplirla, tiene que estar precedida siempre y bajo todo respecto por el principio de legalidad.
- Toda la demás regulación de inferior jerarquía a la reglamentaria, sobre todo aquella exenta del trámite de Toma de Razón de la Contraloría General de la República, debe estar sujeta irremediabilmente a los parámetros de la ley, de tal manera que se reconozca su jerarquía superior.
- La Administración debe propiciar las condiciones materiales necesarias para que la garantía ejecutiva tenga aplicación. Entre ellas realizar acciones positivas para instalar en los agentes del Estado una cultura de respeto a la legalidad.

*A modo de resumen:* la garantía ejecutiva, vista desde la posición de constituir un mandato para los poderes públicos, que limita sus ámbitos de competencia con el objeto de brindar protección al individuo frente al poder del Estado, es una salvaguarda del preso cuyo contenido excede la existencia de una ley penitenciaria, imponiendo deberes que pueden ser satisfechos aun si su existencia, así por ejemplo, por un lado, el Poder Judicial puede resolver los conflictos evitando utilizar norma infra-legal en los casos de afectación de derechos mediante el examen de convencionalidad y la remisión a las normas de los tratados internacionales que se refieren a estas materias y por otro, la administración aun a falta de ley de ejecución puede supeditar sus actuaciones a los principios constitucionales y encuadrar sus resoluciones en la legalidad vigente.

La falta de una ley de ejecución penal, no es excusa para que el poder judicial y el poder ejecutivo propicien un mejor desempeño de la garantía de legalidad, evitando con ello el desamparo del recluso y el desborde de poder tan común en los sistemas de encierro

### 3.- CAPITULO III.- ALCANCE Y EXPRESION DE LA GARANTIA EN LA FASE DE EJECUCIÓN PENAL

Con el objeto de generar una forma de verificación del comportamiento que los poderes públicos observan frente al principio de legalidad y, amparado en el sistema de restricciones y mandatos al que se ha hecho mención en el Capítulo II, necesarios para crear y mantener un sistema de ejecución penal que satisfaga los imperativos de un Estado de derecho, especialmente en cuanto al cumplimiento de las penas privativas de libertad, hemos construido ciertos criterios, a modo de indicadores, que bajo la fórmula de una aseveración, nos permitirán realizar de mejor forma el examen práctico de la realidad concreta observada

#### 3.1.- Criterios para verificar el rendimiento de la garantía de legalidad

Los criterios derivan del contenido de los mandatos a los poderes públicos, ya vistos del principio de legalidad penal y su rendimiento condicionará el estado de la garantía que actualmente presenta el sistema.

El análisis se realizará mediante un contraste del estándar ideal con la realidad observada en ciertos y determinados casos, que servirán de ilustración a las conclusiones del capítulo siguiente.

Así los criterios a), b), c) y d) emanan de las obligaciones que se imponen al poder legislativo en orden a sustentar un sistema basado en normas legales (sustantivas y adjetivas) que contemple la institucionalidad necesaria para materializarle. El criterio e) será contrastable con las practicas de los tribunales de justicia y los criterios f) y g) con las exigencias que se imponen a la administración como operador institucional del cumplimiento.

Criterios:

- a) Existe una ley penitenciaria en sentido formal y material que contenga los derechos de las personas privadas de libertad y los presupuestos para su limitación.
- b) Existe control jurisdiccional en la etapa de cumplimiento penal.
- c) El control jurisdiccional es realizado por tribunales especiales e independientes o existen otros órganos que realizan un control sobre la actividad penitenciaria.
- d) Existe un procedimiento idóneo para la resolución de controversias en la fase de cumplimiento.
- e) Existe aplicación por el Juez de estándares legales para la resolución de los conflictos en al fase ejecutiva.
- f) Existe una cultura de la administración de sujeción a la ley evitando abusos y exceso de atribuciones.
- g) Existe complemento con normas reglamentarias a las disposiciones de la ley que permitan evitar los abusos y excesos en los actos propios del régimen cerrado.

### 3.2.- Análisis de los criterios.

a.- Existe una ley penitenciaria en sentido formal y material que contenga los derechos de las personas privadas de libertad y los presupuestos para su limitación.

En Chile, a nivel constitucional el artículo 19 numero 7 de la Constitución Política de la República, señala que las penas deben ejecutarse en conformidad a la ley, derivándose de ello las disposiciones de los artículo 79 y siguientes del Código Penal

que en lo sustantivo señalan las materias que han de ser reguladas por el ámbito reglamentario.

Aportan los artículos 150 y 466, entre otros, del Código Procesal Penal y el artículo 14 del Código Orgánico de Tribunales, que establece competencias para el órgano jurisdiccional en materia de control y supervigilancia de la actividad penitenciaria.<sup>72</sup>

En el aspecto orgánico institucional, el Decreto Ley 2.859, de 1979, del Ministerio de Justicia, fija la Ley Orgánica de Gendarmería de Chile, modificada por la Ley 20.426, de 2010, que moderniza el Servicio y amplía las plantas de personal.

En este último cuerpo normativo se regula el ejercicio de la función pública que a dicho servicio compete y, se establecen como objetivos la atención, vigilancia y contribución a la reinserción social de las personas que, por resolución de autoridades competentes, fueron privadas de libertad.

En el nivel reglamentario, el principal instrumento que regula el cumplimiento de las penas privativas de libertad es el Decreto Supremo N° 518, de 1998, del Ministerio de Justicia, que contiene el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, modificado por el Decreto Supremo N° 617 de 2011. Contiene los principios rectores de la actividad penitenciaria y toda la normativa interna aplicable en los penales en materia de seguridad y tratamiento. Declara como base un sistema progresivo a través del cual busca cumplir con el objetivo de la reinserción social.

En este “Reglamento” se regula pormenorizadamente los derechos y obligaciones de los reclusos y muy especialmente el régimen cerrado al que pueden ser sometidos,

---

<sup>72</sup> En lo que respecta los presos preventivos, el Artículo 150 del Código Procesal Penal en concordancia con el artículo 14 del Código Orgánico de Tribunales, establece un estándar más alto para el trato que se debe brindar a las personas que, no obstante estar privados de libertad, aún no ha caído respecto de ellas formalmente el principio de inocencia.

caracterizado por la rigidez de la disciplina y por los diversos aspectos de convivencia interna.<sup>73</sup>

Se aprecia del aspecto normativo una marcada inconstitucionalidad que vulnera además los Tratados Internacionales, toda vez que de los preceptos constitucionales, especialmente del artículo 19 N° 7 letra b, no se puede extraer la habilitación para que sea un reglamento el principal soporte normativo que regule las condiciones de encierro, en tanto se contravendría el artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que impide toda interpretación de sus enunciados que permita – además de suprimir su goce y ejercicio- limitar los derechos en mayor medida que lo previsto en la convención.<sup>74</sup>

En el mismo sentido los profesores López y Horvitz, consideran “altamente criticable que siendo la autoridad administrativa la que dicta dichos reglamentos, sea, al mismo tiempo, la que se encuentre encargada de aplicarlos y cumplirlos, dejándose esta materia entregada al autocontrol y vulnerándose el principio republicano de la separación de poderes”.<sup>75</sup>

A mayor abundamiento la profesora Horvitz, agrega:

“El TC chileno no ha tenido aún la oportunidad de pronunciarse sobre la constitucionalidad del Reglamento Penitenciario; mientras crecientemente existen voces en la doctrina que apuntan en el sentido de su

---

<sup>73</sup> De conformidad a lo establecido en los artículos 29 al 31 del Decreto Supremo 518, sobre Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, existen tres tipos de Establecimientos, dependiendo del régimen aplicable, a saber: Establecimientos de régimen cerrado, semi abierto y abierto, cuyas características principales son:

Los establecimientos de régimen cerrado los principios de seguridad, orden y disciplina, serán los propios de un internado. Estos principios deberán armonizar, en su caso, con la exigencia de que no impidan las tareas de tratamiento de los internos. Se cuidará especialmente la observancia puntual del horario, de los encierros y desencierros, de los allanamientos, requisas, recuentos numéricos y del desplazamiento de los internos de unas dependencias a otras.

<sup>74</sup> Ver, en tal sentido, Mera, Jorge, “Derechos humanos en el Derecho Penal Chileno”, pp. 87-88.

<sup>75</sup> María Inés Horvitz, Julián López; “Derecho Procesal Penal Chileno”; Tomo II; Editorial Jurídica; Santiago; 2004; pp. 589

inconstitucionalidad. En nuestra opinión, el TC tiene competencia para efectuar un contraste de constitucionalidad con un decreto reglamentario, no obstante su conformidad con la ley. Esta tesis de la competencia amplia del TC ha sido sostenida de modo predominante a partir de 1997. Tratándose de la regulación de los derechos constitucionales de los reclusos, no afectados directamente por la pena, se impone el principio de reserva de ley y su tutela efectiva a través de un órgano jurisdiccional exclusivo, dadas las condiciones de encierro de los titulares de tales derechos y la necesidad de mecanismos expeditos de protección, especialmente frente a abusos de la propia administración penitenciaria. En efecto, los derechos constitucionales no pueden ser afectados en su esencia (art. 19 N° 26 Const.) y es materia exclusiva de ley “[t]oda otra norma de carácter general y obligatoria que estatuya las bases esenciales de un ordenamiento jurídico” (art. 63 N° 20 Const.). El art. 64 de la Constitución señala las restricciones de la potestad reglamentaria delegada del Presidente de la República, entre las cuales se halla la de extenderse a “materias comprendidas en las garantías constitucionales” (art. 64 inciso 2° Const.). Por consiguiente, si el constituyente vedó tal posibilidad respecto de la potestad reglamentaria delegada del legislador, con mayor razón ella debe encontrarse proscrita de la competencia reglamentaria común del Poder Ejecutivo, máxime cuando se trata de regular de forma general y obligatoria las bases esenciales del ordenamiento penitenciario y el ejercicio de los derechos constitucionales de los reclusos no afectados por la pena impuesta en la sentencia.”

No obstante que al analizar la garantía de legalidad en la fase ejecutiva se hacen visibles los artículo 79 y siguientes del Código Penal, estos son irrelevantes para servir de cortapisas materiales a la potestad del Estado, por cuanto dada su generalidad resultan imposibles de aplicar, salvo para utilizarlos de mera justificación formal.

Es evidente que no obstante la dispersión de ciertos artículos de rango legal, la etapa de ejecución penal en el régimen cerrado, queda a merced de normas infra-legales

vulnerando el principio de legalidad. Esto por cuanto el “Reglamento” no está propiamente complementando una norma legal, sino más bien supliendo la ausencia de esta y abre una brecha de discrecionalidad impropio de nuestro Estado de derecho.

En Chile no existe una ley, a pesar de la reserva legal, que resguarde el núcleo de los derechos fundamentales de los reclusos, de ello deviene que una vez dictada que sea la sentencia condenatoria y estableciendo ésta la imposición respecto del condenado a una pena privativa de libertad, el sujeto ingrese al sistema penitenciario haciéndose afecto, en la práctica, a un régimen basado en un vínculo de especial sujeción para con la Administración, quedando afecto a un cúmulo de deberes y solo a un residual de derechos.

Todo lo anterior basado en que el Artículo 467, del Código Procesal Penal, señala que la ejecución de las Sentencias se estará a las normas del párrafo 2º del Título VIII denominado Ejecución de las Sentencias Condenatorias y Medidas de Seguridad, a las establecidas en el Código Penal y demás leyes especiales. Al no existir normas especiales en el mencionado párrafo de la ley procesal penal, obliga la remisión al Artículo 86 del Código Penal, en que se señala que el cumplimiento de las condenas deberá realizarse en la clase de establecimientos carcelarios que corresponda y en conformidad al Reglamento respectivo. De allí que no se objete la primacía del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios y se omita juzgar su impertinencia, por exceder el ámbito de la potestad reglamentaria y, adentrarse indebidamente en la reserva que la Constitución encarga a la ley.

En los hechos, es el citado “Reglamento” el que contempla el tratamiento de los derechos, la forma de limitar su ejercicio, los medios de apremio como formas de sanción e incluso las cláusulas abiertas de remisión a otros medios de regulación, que resultan de menor valía como lo es el Contrato de Concesión en el caso de Establecimientos Penitenciarios Concesionados.

Con este déficit se afecta gravemente la vigencia de la garantía de legalidad en la fase ejecutiva penal, al no ser el legislador el que está custodiando el núcleo mínimo de los

derechos, ni está estableciendo los requisitos y circunstancias de afectación, sino es la propia Administración que lo hace por un texto reglamentario, que no alcanza el estándar exigido constitucionalmente.

Al no existir una norma que regule los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad, dejándolo entregado a un texto reglamentario y a instrumentos regulatorios de inferior jerarquía, se introduce al sujeto en un ámbito de tal intensidad frente al poder estatal que bien podemos catalogar de sujeción especial, por cuanto es incluido en un régimen que no da garantía de protección a sus derechos fundamentales y estos quedan a merced de ceder, por vía del reglamento o incluso por meras instrucciones impartidas a través de Resoluciones Exentas, a favor de los intereses del propio operador, que a la sazón dictado la regulación.<sup>76</sup> La garantía de

---

<sup>76</sup> Como ejemplo se puede citar el sistema de clasificación que opera Gendarmería de Chile. Al efecto el texto reglamentario en su artículo 13° menciona criterios orientadores para la creación de los establecimientos penales, en que subyacen la idea de segmentar y separar a los reclusos sea por sexo (género), edad o situación procesal, los que junto a otros, tales como, la modalidad de cumplimiento de condena, la naturaleza de las actividades y acciones necesarias para lograr la reinserción social del sujeto; el tipo de delito; su nivel de compromiso delictual; las especiales medidas de seguridad o de salud que la situación amerita, constituyen las reglas básicas para desarrollar toda una gama de actividades internas tendientes a agrupar y separar a la población penal.

Actualmente para realizar el proceso de clasificación se utiliza como base las disposiciones contenidas en una Resolución Exenta, que pone en vigencia un instrumento de medición (escala de actitud) a través de la cual se establece el nivel de contagio criminológico del sujeto. Se denomina Ficha de Clasificación. El resultado de la medición otorga las categorías de Bajo, Mediano y Alto Compromiso delictual:

- Bajo Compromiso Delictual: son quienes recién se están involucrando en el delito, sin arraigos en esta actividad, principalmente primerizos. Este grupo es el de mayores posibilidades de reinserción, en la medida en que el efecto de prisionización sea el menor posible, y con programas de intervención que apoyen sus carencias sociales.
- Mediano Compromiso Delictual: son quienes poseen una situación intermedia, ya con un involucramiento significativo en el delito, pero aún sin condiciones o características muy arraigadas, lo que aún permite una posibilidad más real de reinserción.
- Alto Compromiso Delictual: son quienes están más involucrados en la delincuencia como forma de vida, constituyéndose en la principal actividad y donde todo gira en torno al delito; familia, dinero, tiempo libre, planes de vida, etc. Comúnmente de alta reincidencia, manifiesta una aceptación del delito como una forma de vida.

En la práctica, la clasificación de la población penitenciaria es realizada por las Oficinas de Clasificación y Segmentación, que en base a un Manual Operativo que contiene las "Orientaciones para las Oficinas de Clasificación y Segmentación", determinan el nivel de compromiso delictual, a partir del estudio de variables en que se considera la Apariencia (lenguaje, cortes, tatuajes); Nivel de Preparación (escolaridad, capacitación laboral, estabilidad laboral y planificación vital); Grupos de Referencia (relaciones laborales, grupos de pares, ocupación del tiempo libre, ingestión de alcohol y drogas) e

legalidad se trasmuta en nula y no existe un contrapeso verificable y regular del poder ejercido por el Estado.

Especial atención merecen muchas de las limitaciones basadas en el “Reglamento”, como ocurre en el caso de las comunicaciones, la salud e intimidad entre otros, que se limitan a prescribir como forma de control la existencia de una resolución fundada, sin que la misma norma u otra de carácter adjetiva, contemple el pertinente control de legalidad de este acto por un órgano jurisdiccional. Solo el reclamo posterior, sea por una acción constitucional o por reclamación ante el Juez de Garantía pudiere abrir la vía para su revisión y eventual corrección.

En este punto también resulta paradigmático el sistema de aplicación de sanciones disciplinarias, por infracción de un deber contemplado en el “Reglamento”, toda vez que las exigencias de supervisión resultan insuficientes para controlar el poder estatal y carentes de los elementos propios de las exigencias que derivan del debido proceso.<sup>77</sup> Exigencias que tanto en los estándares internacionales como en nuestro ordenamiento jurídico interno, buscan plasmar la idea de que el imperio de la ley no se acaba en las puertas de la prisión y que cada uno de los casos de infracción

---

Historia Delictiva (antecedentes de conducta antisocial en la infancia, edad de iniciación delictual, reincidencia).

En virtud de esta clasificación son ingresados a los regímenes de mínima y mediana seguridad o a un régimen especial denominado de Máxima Seguridad cuya regulación está dado por resoluciones exentas del director nacional del Servicio

<sup>77</sup> En lo que dice relación con el procedimiento que debe seguirse en la aplicación de una sanción, los Reglamentos establecen que es el Jefe del establecimiento penal o director del centro quien debe determinar la sanción aplicable al infractor. Para ello, de acuerdo a los Reglamentos, debe tener a la vista el parte de rigor y la declaración del interno, los testigos y el afectado, si lo hubiere, así como también, si existe, la recomendación del consejo Técnico o de la Comisión Disciplinaria. De todo ello debe dejarse constancia sucintamente en la resolución que aplica la sanción. Además, en adultos sólo en hipótesis de falta grave el jefe del penal está obligado a escuchar al infractor. En el resto de las faltas, la sanción es determinada sin oír la versión del interno, esto es, sólo con el parte emitido por los gendarmes y las declaraciones de los testigos y afectados, si los hubiere. Con todo, sólo en caso de faltas graves, una copia de la resolución debe ser emitida al Director Regional de Gendarmería, quien puede eventualmente anularla o modificarla por razones fundadas.

Para orientar la decisión de la sanción a aplicar, en el caso de los adultos el jefe de la unidad penal debe considerar, además de la gravedad de la falta, la conducta del recluso durante el transcurso de un año. En caso de reincidencia, puede aplicar hasta el máximo de la sanción y en caso de internos primerizos podrá imponer el mínimo de ella, en consideración a la gravedad de la infracción.

disciplinaria, debe ser visto ante una autoridad competente que asegure independencia judicial y otorgue garantía de que se adscriban a procedimientos adecuados, con sanciones justas y proporcionadas.<sup>78</sup>

También llama la atención las facultades reglamentarias que se entregan a Gendarmería de Chile para efectuar allanamientos, requisas, recuentos numéricos, desplazamientos internos y una variada gama de acciones restrictivas de derechos, que según se desprende, conforman el contenido de la “actividad penitenciaria”.

En estos casos los motivos de seguridad para la adopción de medidas restrictivas de derechos abundan y mediante ellas se interviene o restringe su ejercicio estableciendo limitaciones que deben ser contempladas en un instrumento de ley formal y material.

Es el caso del derecho a la comunicación e información regulado en el artículo 39 del “Reglamento” y siguientes. Allí se establecen límites al ejercicio del derecho, basado en los motivos de seguridad, como el inciso 2º del artículo 40, y en motivos de seguridad ciudadana, establecidos mediante cláusulas abiertas y ambiguas como las del artículo 43.

En nuestro sistema penitenciario el régimen cerrado es sin duda el más restrictivo, caracterizándose, entre otras consideraciones, por la máxima reducción de la libertad individual del interno, de las actividades en común y por un incremento en el nivel de control y de vigilancia.

También el “Reglamento” se hace cargo del nivel y grado en la afectación de la esfera de dignidad del privado de libertad y lo hace con una técnica desprolija y muy poco feliz para la operatoria de la garantía ejecutiva, pues no ayuda a tener certeza de su alcance y del nivel que puede adquirir en concreto. Es el caso de las revisiones corpóreas reguladas como obligación de los internos en el artículo 26, que en relación al inciso 2º del artículo 27 bis prohíbe los registros intrusivos y el despojo de las

---

<sup>78</sup> Coyle Andrew, *“La administración penitenciaria en el contexto de los derechos humanos”*, Internacional Centre for Prison Studies, Kings College London, Londres, 2002, pp. 76 y 77.

vestimentas, sin embargo, en la regla siguiente, esto es la establecida en el inciso tercero, no se hace esperar la excepción que habilita, basado en presunciones, realizar una inspección (se entiende corpórea), mediante un procedimiento indeterminado en la unidad médica del establecimiento.

Queda de esta manera supeditado el grado de intromisión en la dignidad de la persona a una fórmula abierta que no ofrece certeza en cuanto a su medida y con ello hace imposible de resguardar el núcleo irreductible del derecho vinculado.

Lo propio ocurre con los resguardos de las madres reclusas y sus hijos menores sujetos a su custodia filiativa, en establecimientos concesionados, por cuanto el “Reglamento”, lejos de regular pormenorizadamente este aspecto, dado que, respecto del hijo, se trata de un individuo libre que no está afecto al rigor penal, abre la regulación mediante una cláusula de remisión, al menos peligrosa, a un instrumento distinto del cuerpo reglamentario, indicando en lo pertinente: “En los establecimientos en que se ejecute un contrato de concesiones, se estará además a lo que éste establezca respecto del cuidado, residencia y atención del lactante.”<sup>79</sup>

La condición de interno que tiene el menor, es necesariamente producto de la privación de libertad de su madre, por lo que respecto de él, debe existir una cuidadosa regulación que mantenga un régimen adecuado a su condición de individuo libre y sobre todo debe existir, este parámetro de garantía, cuando terceros privados, ejecutan actividad penitenciaria en recintos penales. Es imperioso en este caso no abrir el espectro de regulación a un instrumento contractual, como lo es el contrato de Concesión.<sup>80</sup>

---

<sup>79</sup> Artículo 19, Decreto supremo 518 de 1998, sobre Reglamento de Establecimientos Penitenciarios.

<sup>80</sup> “Los reglamentos son normas que emanan de órganos de la Administración del Estado y que tienen por objeto desarrollar o complementar lo establecido en las normas legales, cuya fuerza obligatoria vincula a todo órgano público, funcionarios y, especialmente, a los particulares, en la medida que sean destinatarios de la misma. El reglamento tiene una relación particular con el bloque de legalidad. En primer término, emana de una potestad que debe ser expresamente otorgada por la Constitución o la ley. En segundo lugar, una vez ejercida a través de una norma reglamentaria, esta pasa a integrar parte de dicho bloque y, por tanto, constituye el marco de validez de los actos de todos los órganos del Estado,

b.- Existe control jurisdiccional en la etapa de cumplimiento penal.

El análisis del sistema en este punto es de magro resultado, pues, aparece que no solo es carente de una ley penitenciaria sino además de un control jurisdiccional estricto, “en tanto no existen tribunales especializados que resuelvan de manera exclusiva o preponderante los conflictos que surgen entre los privados de libertad con la administración penitenciaria o entre los internos entre sí.”<sup>81</sup>

Hoy juega un papel importante en el control jurisdiccional de la ejecución penal, la Fiscalía Judicial de la Corte Suprema, en cuanto vigila directamente o por medio de los Fiscales Judiciales de las Cortes de Apelaciones, los establecimientos penales del país, así como las presentaciones que se han efectuado a las autoridades respectivas, en los casos en que se han constatado situaciones que merezcan observación, todo ello conforme a la disposición del artículo 353 N° 2° del Código Orgánico de Tribunales.

Con todo, a este respecto cabe precisar que, con la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Penal, Ley N° 19.665, se eliminó la disposición N° 2 del artículo 353

---

tanto legislativos, jurisdiccionales, administrativos y a toda persona institución o grupo. En Cordero Eduardo, *“Las normas administrativas y el sistema de fuentes”* Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Año 17 -N° 1, 2010 pp. 21-50

<sup>81</sup> Horvitz, María Ines. *“La insostenible situación de la ejecución de las penas privativas de libertad: ¿vigencia del Estado de derecho o estado de naturaleza?”* 2018 citando a: “KÜNSEMÜLLER (C) “La judicialización de la ejecución penal”, en *Revista de Derecho*, PUCV, XXVI, semestre I, 2005, pp. 113ss; GUZMAN DALBORA (J.L.) “Consideraciones críticas sobre el reglamento penitenciario chileno”, en BAIGUN (D), ZAFFARONI (E), GARCIA-PABLOS (A), PIERANGELI (J) (eds.) *De las penas. Homenaje al Profesor Isidoro de Benedetti*, De Palma, Buenos Aires, 1997, pp. 271ss. Dicho autor expresa “... [si] a esto se agrega, como ulterior elemento de juicio, la total ausencia de un efectivo control jurisdiccional sobre la ejecución de las penas privativas de libertad, no resultará difícil concluir que en este Reglamento se compromete, no teórica, sino realmente, derechos elementales garantizados por la Constitución política del Estado.” Si bien la reforma procesal penal confirió competencia a los jueces de garantía para resolver las cuestiones que se susciten *durante* la ejecución penal, la escueta regulación contenida en el art. 466 del Código Procesal Penal y la ausencia de mecanismos e incentivos para que los jueces cumplan de modo eficiente con esta tarea, ha determinado una escasa incidencia de esta norma en el mejoramiento de la protección jurídica de los internos.”

del Código Orgánico de Tribunales antes citado, por lo cual normativamente el precepto que sirve de base a la actuación de la Fiscalía Judicial, no estaría vigente. Sin embargo, por una interpretación extensiva de la disposición, se entiende vigente la norma respecto de los establecimientos penitenciarios y correccionales en los que se encuentren internos por disposición de los antiguos Tribunales del Crimen, así como respecto de los establecimientos especiales y carcelarios en que se encuentren enajenados mentales del antiguo sistema regido por el Código de Procedimiento Penal, todo ello conforme a lo dispuesto en el artículo 483 del Código Procesal Penal, que señala que sus disposiciones sólo se aplicarán a los hechos acaecidos con posterioridad a su entrada en vigencia.

También son visitados regularmente los Centros de Estudio y Trabajo, CET, así como los establecimientos de psiquiatría forense. En la práctica, la autoridad señalada ejerce un control respecto de los establecimientos en su totalidad, lo cual significa un mecanismo para la supervisión.

Las visitas realizadas en este contexto, están orientadas a los siguientes propósitos:

- Verificar el estricto cumplimiento de las disposiciones del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios.
- Constatar si el establecimiento penitenciario proporciona a los internos condenados actividades de estudio, trabajo y rehabilitación, que permitan su reinserción social, de acuerdo a las normas de la Ley N°19.856, que crea un sistema de reinserción social de los condenados sobre la base de la observación de buena conducta.
- Velar por el debido respeto a la dignidad de toda persona, conforme a la disposición del artículo 19, N° 1°, de la Constitución Política de la República.

En la operatoria cotidiana del sistema son los Jueces de Garantía, quienes de conformidad a lo establecido en el artículo 14, letra f), del Código Orgánico de Tribunales y 466 del Código Procesal Penal, son los llamados a hacer ejecutar las condenas criminales y las medidas de seguridad, y resolver las solicitudes y reclamos relativos a dicha ejecución, de conformidad a la ley procesal penal.

Asimismo, de conformidad a lo preceptuado en el artículo 567 y siguientes del Código Orgánico de Tribunales, los Jueces de Garantía designados por el Comité de Jueces del Tribunal de la respectiva jurisdicción, participan en las visitas semanales y semestrales de Establecimientos en que se encuentran los detenidos o presos, con las facultades y obligaciones que en dicho texto se consagran.

De suma trascendencia resulta destacar que el Artículo 466, ubicado en el párrafo anterior del mismo Título VIII del Código Procesal Penal, señala que mientras esté ejecutándose la pena o la medida de seguridad, son competentes para intervenir ante el Juez de Garantía, el ministerio público, el imputado y el defensor.

El esquema básico de distribución de competencias, es alterado con las atribuciones que tiene el Juzgado de Garantía, de conformidad con lo establecido al efecto en el artículo 14 letra f) del Código Orgánico de Tribunales, en cuanto debe "hacer ejecutar las condenas criminales y las medidas de seguridad y resolver las solicitudes y reclamos relativos a dicha ejecución, de conformidad a la ley procesal penal".

En efecto, desde el momento en que debe hacer ejecutar las condenas criminales y las medidas de seguridad y resolver las solicitudes y reclamos relativos a dicha ejecución, adopta una competencia que naturalmente no le corresponde, pues es de toda lógica que tales cuestiones queden entregadas a un Juez o Tribunal distinto de los señalados, esto es, a un Juez de Ejecución en lo Penal.

En Chile para el régimen cerrado no existe un control jurisdiccional especializado e instituido con total capacidad de resolver los conflictos de la fase ejecutiva que propenda a dar materialidad a la garantía de ejecución.<sup>82</sup>

---

<sup>82</sup> Sin perjuicio de lo dispuesto en la norma procesal y en Ley N° 20.084, que establece un Sistema de Responsabilidad de los Adolescentes por Infracciones a Ley Penal, y que contempla la figura del juez de control de ejecución, que es ejercida por el Juez de Garantía, de conformidad a lo establecido en su artículo 50.

c.- El control jurisdiccional es realizado por tribunales especiales e independientes o existen otros órganos, distintos de los jueces, que realizan un control sobre la actividad penitenciaria.

El sistema no tiene un sistema de control efectivo por cuanto si bien se ejerce control jurisdiccional sobre algunas actuaciones de la administración, este no obedece a un sistema coherente, orgánico y sistémico de vigilancia de las actuaciones del operador penitenciario. Se da más bien a petición del solicitante que está en posibilidad de reclamar de una actuación que cree ilegítima o ilegal.

Al no existir ley de ejecución penal no se ha establecido en forma fehaciente y clara cuales han de ser las materias sobre las cuales tendrá competencias y cuáles serán las vías de reclamación que ante esas actuaciones tendrán los privados de libertad.

No existe un diseño institucional normativo, que satisfaga los requerimientos de un control jurisdiccional para que este sirva de cortapisa efectiva a la arbitrariedad y, plasme la garantía de legalidad en la fase de ejecución penal.

A pesar de la actividad jurisdiccional desplegada por los Jueces de Garantía como Jueces de Ejecución Penal, no es posible aseverar que exista un sistema de control judicial efectivo que permita garantizar la vigencia de la norma, frente a las hipótesis de exceso que pudieren acaecer en el quehacer cotidiano del régimen cerrado, esto por cuanto no está establecida formalmente y de forma clara el ámbito de competencias que ostentan los jueces en materias de procedimientos tales como, registros corporales, allanamientos, régimen de sanciones y uso de la fuerza. En estas materias solo conoce excepcionalmente de ciertos procedimientos cuando son reclamados por las vías que actualmente operan en el sistema, tales como la reclamación directa en las visitas de cárcel, por acción del defensor, por propia iniciativa del privado de libertad mediante carta al Tribunal o por acciones de terceros que buscan proteger sus derechos.

En los procedimientos que no importan uso de la fuerza directa tales como traslados y otros en que se restringen derechos, la importancia del control jurisdiccional es menor, por cuanto no siempre llegan estos aspectos a conocimiento del juez, de lo cual deriva que la incidencia sea residual.

Lo propio ocurre con las condiciones de internamiento y de verificación de medios conducentes a evitar los efectos de la prisión.

En el sistema actual son muchos los casos en que el juez no resuelve el conflicto y este es sometido a la decisión de otro órgano no jurisdiccional como es la Contraloría General de la República. No es poco común que en los sistemas penitenciarios “Los funcionarios y las autoridades que las administran estén sujetas a otras lógicas de fiscalización y control mucho menos desarrolladas”.<sup>83</sup>

Por vía de ejemplo podemos citar el caso de la Contraloría General de la República que conociendo de una reclamación de un privado de libertad ha dicho, interpretando las normas del Decreto Ley 321 de 1925 sobre Libertad Condicional, que para los condenados a una pena superior a veinte años de presidio, aplican los principios pro reo y de irretroactividad de la ley penal, señalando al efecto que, “no resulta aplicable a las personas sancionadas con penas de presidio perpetuo que cometieron delito con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia de ese cuerpo legal, sea que hayan sido condenadas antes o después de esa data”.

---

<sup>83</sup> La falta de control y de transparencia en el interior de las prisiones es un fenómeno de largo desarrollo que va unido a la idea de la invisibilidad del castigo. Como explica Pratt, el castigo se ha ido desplazando silenciosamente de la esfera pública a la esfera de lo invisible. En una primera etapa la ejecución penal se realizaba en las plazas públicas a vista y presencia de la comunidad, luego, por consideraciones ético-morales el castigo se desplaza al interior de un edificio, naciendo las prisiones. La cárcel se transforma en la ejecución propiamente tal y se considera a la prisión como un triunfo de la racionalidad y el orgullo de la sociedad sofisticada que resuelve sus problemas más graves de forma civilizada. En este contexto las cárceles se erigían orgullosas en el centro de las ciudades. Con posterioridad, las cárceles se transforman nuevamente en un espectáculo de mal gusto que la comunidad quiere erradicar provocando el traslado de los edificios a lugares alejados donde la comunidad no pueda verlos. Esta indiferencia de la comunidad no sólo se limitó al desplazo de los edificios a lugares apartados sino que también significó una indiferencia sobre lo que pasaba en el interior de esos muros afianzando la idea de secreto y falta de transparencia. Véase John Pratt, *“Castigo y civilización, una lectura crítica sobre las prisiones y los regímenes carcelarios”*, 2006, Editorial Gedisa., Barcelona.

Es patente con este ejemplo que el control no es exclusivo de la judicatura y constituye un déficit de la garantía ejecutiva, por cuanto no se tiene un órgano especializado e independiente que controle judicialmente la legalidad de las actuaciones del operador, abriendo un espacio libre de supervisión que posibilita la arbitrariedad.<sup>84</sup>

Al respecto el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia que investigó las eventuales responsabilidades políticas o administrativas en el incendio que afectó al Centro de Detención Preventiva de San Miguel el año 2010, recomendó avanzar en el estudio de la incorporación de la figura de un juez de ejecución penal, por cuanto constató que existen escasos o nulos controles externos en el ámbito penitenciario, limitados casi exclusivamente, a la posibilidad que tienen los internos de interponer alguna acción constitucional o de presentar alguna solicitud ante el juez de garantía.

En la práctica no se aprecia un sistema de control jurisdiccional efectivo que materialice efectivamente la garantía ejecutiva. A pesar de la existencia declarativa de que existe el Juez de Ejecución penal en los términos del artículo 14 letra f) del Código Orgánico de Tribunales, no es posible apreciar un sistema coherente de competencias asociados a esta magistratura que den cuenta del ámbito de injerencia que tienen en las modalidades de la ejecución de la pena, los cómputos de condena, clasificación, sistema de sanciones, salidas anticipadas, traslados entre otros.

Del análisis práctico tampoco es posible establecer, sin sombra de dudas, la distinción entre la competencia del juez de ejecución y la de otros órganos como la Contraloría General de la República que a propósito de los actos administrativos de la

---

<sup>84</sup> Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia que investigó las eventuales responsabilidades políticas o administrativas en el incendio que afectó al Centro de Detención Preventiva de San Miguel el año 2010. Año 2011. En <https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmid=2900&prmtipo=SOBRETABLA>

Administración se ha dado a la posibilidad de incluso interpretar el alcance del Decreto Ley 321 de 1925 sobre Libertad Condicional.<sup>85</sup>

e.- Existe un procedimiento idóneo para la resolución de las controversias en la fase de cumplimiento.

No existe en la actualidad una norma procedimental que regule la forma en que los jueces de garantía actuando como jueces de ejecución va a conocer, fallar y hacer ejecutar lo resuelto en materias propias del cumplimiento penal en el sistema cerrado.

En cuanto al procedimiento. Como se explicó los Jueces de Garantía actuando como Jueces de Ejecución Penal han tenido que adaptar las normas del proceso penal para conocer y fallar las cuestiones derivadas de la ejecución de las penas y medidas privativas de libertad, de tal suerte que no se ve como podría existir una homologación adjetiva en cuanto al procedimiento y como los criterios aplicados son los que objetivamente proceden para el control jurisdiccional en la etapa de cumplimiento.

Hasta el momento no se ha dictado una norma de procedimiento y, por lo tanto esto ha obligado a que los jueces generen en la práctica una construcción del procedimiento, aplicando las lógicas que tiene el constructo procedimental que entrega el Código Procesal Penal para conocer materias de la persecución penal.

Esto no obstante que cuando se dictó el Código Procesal Penal, se pretendía no solo reformular los principios e instituciones jurídicas participantes en la investigación criminal, instaurando un juicio genuino, contradictorio, capaz de satisfacer las exigencias más elementales del debido proceso, sino consecencialmente también

---

<sup>85</sup> Dictamen 024087N10. Caso de reclamación de interno Carlos Herrera Jiménez en contra Gendarmería de Chile, “En relación con la materia, es del caso hacer presente que la aplicabilidad del principio de irretroactividad de la ley penal a la ejecución de la condena, y su extensión a la institución de la libertad condicional -definida por la normativa pertinente como un modo de cumplir la pena privativa de libertad a que está condenada una persona-, ha sido afirmada consistentemente por la jurisprudencia de este Organismo de Control, manifestada en los dictámenes N°s. 14.157, de 1994; 56.044, de 2008, y 67.264, de 2009, emitidos en el ámbito de su competencia, con sustento fundamental en el artículo 19 , N° 3, de la Constitución Política de la República, que recoge los precitados axiomas.”

impulsar una transformación en el actuar del sistema penitenciario, que permitiera desarrollar la fase de ejecución con pleno respeto a los derechos fundamentales.<sup>86</sup>

f.- Existe aplicación por el Juez de las normas legales para la resolución de los conflictos propios de la etapa de ejecución penal.

La fase de cumplimiento es una de las etapas más complejas dentro del entramado del proceso penal, por cuanto allí se manifiesta con mayor fuerza el poder de las agencias estatales que actúan en su operatoria. De consiguiente los derechos y garantías del condenado deben estar suficientemente resguardados y provistos de las cortapisas necesarias para evitar su vulneración.

Uno de los principales resguardos, propio de un Estado de derecho, proviene de la existencia de un control judicial eficaz, de la actividad ejecutiva, ejercida por un tribunal independiente de la administración, con el objeto de que se asegure la vigencia de las garantías constitucionales.

En este esquema se exige que el Juez conozca y falle con arreglo a criterios normativos impuestos por la ley, de manera que su actividad sirva efectivamente de cortapisa a la arbitrariedad. No es posible concebir la utilización de criterios extralegales o provenientes de normas inferiores, especialmente aquellas directamente emanadas de la administración penitenciaria, pues no se cumple con el estándar mínimo impuesto por el principio de legalidad y se corre el riesgo de amparar

---

<sup>86</sup> El Mensaje del Ejecutivo así lo señala, al indicar que “la modernización del Sistema de Administración de Justicia, constituye un esfuerzo de crecimiento institucional ineludible para el desarrollo y consolidación de nuestro sistema constitucional y democrático”, que exige a su vez “el respeto a los derechos humanos como un principio fundamental de legitimidad” apuntando con ello más que a crear una simple formalidad procesal, a la exigencia que nace de la idea y el principio de los derechos humanos como núcleos sustentadores del modelo político, constituyendo uno de los compromisos más delicados con la comunidad internacional. “Se ha dicho, con razón, que los sistemas de enjuiciamiento criminal son los más elocuentes indicadores del grado de respeto por los derechos de las personas que existe en un ordenamiento estatal, o dicho de otro modo, que el autoritarismo se revela en la forma en que los poderes públicos encaran el reproche a las conductas desviadas o anómicas”(Mensaje del Código Procesal Penal chileno).

restricciones autoritarias bajo una falsa apariencia de apego a la ley. En estos casos la garantía es más aparente que real y el control jurisdiccional no logrará satisfacer el mandato que le es impuesto por el principio de legalidad.

Como se ha dicho en el caso chileno la Constitución Política de la República en su artículo 76 entrega a los tribunales de justicia, entre otras, la facultad de hacer ejecutar lo juzgado. Disposición que es complementada por el artículo 14 letra f) del Código Orgánico de Tribunales, en cuanto hace competente para esta actividad al Juez de Garantía. Sin embargo el legislador no ha sido prolífico en dictar una normativa precisa que ayude al desarrollo de esta función y al no enumerar taxativamente el ámbito de su competencia, ni establecer un procedimiento especial al efecto, unido al hecho de no contar con una ley de ejecución penal, genera un sistema normativo débil y falta de claridad para los operadores.

Surge en este escenario la compleja disyuntiva de qué norma procedimental aplicar y cuales de todos los cuerpos normativos rigen los derechos de las personas penadas. La indigencia de norma legal ha hecho que en muchos de los casos se resuelvan los conflictos aplicando criterios administrativos establecidos en reglamentos y normas internas sin reparar en la falta de garantía que ello supone. No es común en el ejercicio de esta competencia ejecutiva que se realicen un examen de convencionalidad ni menos la objeción de legalidad en contra de tales normativas.

Los jueces ante la indigencia normativa, no están obligados a tomar los criterios del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, cuando este excede su ámbito e invade la esfera legal, ni menos utilizar los criterios de la propia administración vertidos en la profusa reglamentación administrativa que contienen las resoluciones internas emanadas de Gendarmería de Chile, por el contrario, se puede pensar que ante el déficit de norma legal su obligación de control se ve exacerbada y entonces deben resolver utilizando criterios que permitan materializar el derecho como una garantía frente al poder.

Hoy para los jueces de garantía actuando como jueces de ejecución es pacífico resolver los conflictos utilizando la norma reglamentaria del Decreto supremo N°518, de 1998, sin exigir la existencia de una norma legal cuando se trata de la afectación de derechos fundamentales. Incluso en determinados casos la exigencia normativa la satisfacen con regulación de inferior estándar lo que afecta la garantía ejecutiva, toda vez que el control jurisdiccional tiene como norte hacer valer el derecho y no cualquier norma que regule las actuaciones de la administración.

g.- Existe una cultura de la administración de sujeción a la ley, evitando abusos y exceso de atribuciones.

Para lograr que las actuaciones de los agentes penitenciarios sea de conformidad a la ley, debe instalarse en los órganos institucionales una cultura de apego a la legalidad, con el objeto de eliminar rasgos culturales que impiden que en la práctica, por razones propias de la cultura organizacional, se cumplan los presupuestos legales.

Al efecto resulta muy importante conocer parte del Considerando Décimo, del fallo de fecha treinta y uno de diciembre de dos mil siete, recaído en la Causa RIT: 926-2006; RUC: 0610003870-4 del duodécimo Juzgado de Garantía de Santiago.

“Ha pretendido la defensa demostrar que al margen de este conocimiento, en la práctica, por razones propias de la cultura organizacional, los funcionarios estaban impedidos de cuestionar las órdenes. Algo de eso emerge de la prueba. El testimonio de la Teniente Jiménez es elocuente ya que no obstante que le pareció extraña la orden que le refiere Mella decide cumplirla porque la habría dado la Comandante.

Sin embargo, el derecho no puede resguardar elementos culturales de las organizaciones que son claramente disfuncionales a los fines de la ley, la que cuando se aparta de la realidad normalmente tiene por objeto transformarla. Esto ocurre particularmente en el ámbito de los derechos individuales en las últimas décadas, en que el derecho, a través de

instrumentos nacionales e internacionales procura su reconocimiento, respeto y promoción. ¿Qué duda cabe que por estos medios se pretende modificar prácticas atávicas incorporadas en distintas instituciones del Estado que a fuerza de su repetición dejan de ser cuestionadas?

Si la cultura organizacional se aparta de la legalidad, esa cultura debe ser modificada; si las ideas erradas de los miembros de los órganos del Estado se oponen al derecho que el propio Estado proclama, ellas deben ser reemplazadas; o si son sus miembros los que se oponen a ello, deben éstos ser removidos. El derecho, como fundamental instrumento del Estado para procurar el bien común y el respeto a los derechos fundamentales no puede ceder en esta lucha.”

En este mismo sentido previene sobre la importancia de la cultura organizacional que mantiene el operador institucional chileno, el profesor Cury Urzua en su Manual de Derecho Penal, Parte General, en cuanto señala que tanto el condenado como el imputado de un delito gozan de derechos que deben ser cautelados, debiendo al efecto “regir las garantías que tutelen su humanidad y la dignidad que deriva de ella” y, no es posible que esto se lleve a efecto cuando “se abandona al condenado al arbitrio de los funcionarios penitenciarios”, sobre todo cuando el cumplimiento penal es entregado a una “organización administrativa que dispone de facultades discrecionales y que, a veces, como ocurre en Chile con el Servicio de Gendarmería, esta estructurada como un cuerpo paramilitar”.<sup>87</sup>

Adentrándonos en los aspectos operativos de Gendarmería de Chile se obtiene una mejor comprensión de lo expresado anteriormente, pues consta en el Informe de la Cámara de Diputados que investigó el incendio en el Cárcel de San Miguel, que el presidente de la Asociación Nacional de Oficiales Penitenciarios aseveró, que los funcionarios penitenciarios estaban afectos a “maltrato social y acoso laboral de los mandos menores por parte de algunas jefaturas” y que “lamentablemente, las investigaciones se dilatan sin que las autoridades de Gendarmería tomen en

---

<sup>87</sup> Cury Urzua, Enrique, *Derecho Penal: Parte General*. Edit. Ediciones Universidad Católica de Chile. 2011. pp. 116.

consideración el derecho que se reclama.” Agregó que “los gendarmes deben cumplir extenuantes turnos en sus funciones de guardia armada o guardia nocturna” y, expuso la necesidad de legislar sobre el “*mobbing laboral*” en Gendarmería de Chile.

Respecto de la cultura organizacional indicó que, “hay un excesivo militarismo en el servicio”. Cuestión ya advertida en el año 2005, por el profesor Jonatan Valenzuela, quién al abordar el estado actual de la reforma al sistema penitenciario en Chile, expresó que de las características que contempla la Ley Orgánica de Gendarmería de Chile (Decreto Ley 2.859 de 1979) “resulta evidente el carácter militarizado de la institución”.<sup>88</sup>

El referido dirigente gremial de los Oficiales Penitenciarios señaló además:

“Muchas de las enseñanzas recibidas por gendarmes y aspirantes a oficiales de la escuela, pertenecientes a la planta de suboficiales y oficiales, están más orientadas hacia lo militar que a aquellas que requieren para desempeñarse en las cárceles, de modo que la formación es más propia de un actor represor que de un agente rehabilitador dentro de las unidades penales.

A esta realidad han contribuido los directores nacionales, quienes han dispuesto que los funcionarios desfilen en distintos actos cívicos de algunas municipalidades, como ocurrió en 2010, en Iquique, Puente Alto, Colina, Talca, Angol, Puerto Montt y otras ciudades, lo que en estricto rigor excede a las funciones que les encomienda la ley, que dicen relación principalmente con la custodia, rehabilitación y tratamiento de la población penal.”<sup>89</sup>

---

<sup>88</sup> Valenzuela, Jonatan, *El estado actual de la reforma al sistema penitenciario en Chile*. Artículo de la Revista Estudios de la Justicia del Centro de Estudios de la Justicia de la Universidad de Chile. 2005. pp. 193.

<sup>89</sup> Informe de la Cámara de Diputados que investigó el incendio en la Cárcel de San Miguel. Véase en: <https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmid=2900&prmtipo=SOBRETABLA>

En cuanto a la forma de asumir las actuaciones de trato directo con las personas reclusas advirtió:

“...como fundamental que Gendarmería cuente con un manual de procedimientos de carácter permanente y público para todo el personal, puesto que luego del último terremoto quedó en evidencia que no había protocolos de evacuación de las cárceles ni claridad respecto de cómo debía enfrentarse una situación de esa envergadura, lo que se ratificó con la tragedia de la cárcel de San Miguel.

Planteó que muchas de las disposiciones relacionadas con la seguridad, trato a los internos, procedimientos y protocolos se encuentran repartidas en variados documentos de Gendarmería, tales como resoluciones, ordinarios, providencias e instructivos, los cuales, una vez leídos dentro del proceso de formación del personal, se archivan, de manera que nada más se sabe sobre el contenido de los mismos. En la escuela institucional tampoco se dan a conocer, de modo que los funcionarios que ingresan a trabajar a los establecimientos penales, no saben nada sobre procedimientos y protocolos de seguridad, y actúan por instinto, reduciendo la función penitenciaria a la mera custodia de reos.”<sup>90</sup>

En este punto Ana María Morales Peillard, Jefa del Área de Justicia y Reinserción de la Fundación Paz Ciudadana afirmó:

“...que el personal de Gendarmería de Chile está sometido a mucha presión y su labor ha sido catalogada como bastante penosa, en términos de derechos humanos, por todos los convenios suscritos por el Estado de Chile. Por lo tanto, requiere ciertas características especiales y una retribución en términos monetarios que efectivamente se condigan con el trabajo que desempeñan.

Hay una serie de condiciones que determinan que el personal que ingresa a esa institución no esté preparado, sobre todo en materias de derechos

---

<sup>90</sup> Ídem.

humanos y en el otorgamiento de un trato digno a la población, lo cual fue advertido por el relator de las personas privadas de libertad de la Comisión Interamericana que visitó nuestro país. En su informe manifestó que había un trato sistemático de violencia contra la población penal, asunto que debía ser necesariamente abordado en la malla curricular de Gendarmería de Chile. Actualmente, se prepara al personal para realizar labores de custodia durante seis meses o dos años, si se trata de oficiales. Esta escasa capacitación decanta en que existen varios focos de corrupción que no han sido debidamente atajados.”<sup>91</sup>

Queda en evidencia con la lectura del fallo, los juicios de investigadores y académicos y las expresiones gremiales de funcionarios de Gendarmería de Chile, que es imprescindible para la administración penitenciaria generar acciones positivas en función de crear una cultura de apego a la ley, con el objeto de evitar que esta deficiencia pueda influir en la generación de abusos y el ablandamiento de la garantía de legalidad que irradia sus competencias.

Un aspecto fundamental para ayudar a crear una cultura de apego a legalidad es trabajar fuertemente en el proceso de formación de los funcionarios penitenciarios, mediante las directrices de una malla curricular elaborada por competencias, en cuya elaboración y formulación participen además del personal penitenciario, académicos y expertos externos que puedan objetivar los lineamientos del proceso formativo, adecuándolo mediante el enfoque de procesos, al conjunto de actividades deseadas para la institución.

En el estado actual de la política penitenciaria es muy importante volcar la mirada del operador hacia la calidad de las prestaciones que genera, de tal forma que todas las actividades, subprocesos y procesos internos estén suficientemente interrelacionados y rediten permanentemente a los resultados que el Estado busca con la privación de libertad, evitando espacios de discrecionalidad que se preste para abusos y excesos.

---

<sup>91</sup> Ídem.

Es una obligación para Gendarmería de Chile, como operador institucional penitenciario, dar protección a los derechos de las personas privadas de libertad, garantizando que las intromisiones a que obliga la reclusión, sean hechas conforme a los mandatos legales.

Por todo lo anterior resulta imperioso para que la garantía de legalidad en la fase ejecutiva tenga incidencia real en el control de la arbitrariedad, que se haga patente en esa cultura organizacional, la idea que el cumplimiento del deber está supeditado a la ley y que nunca el deber de cumplimiento puede justificar atropellos a los derechos fundamentales de los privados de libertad.<sup>92</sup>

h.- Existe complemento de normas reglamentarias a las disposiciones de la ley que permitan evitar los abusos y excesos en los actos propios del régimen cerrado.

No obstante que la administración ha tenido amplio margen para regular todos los aspectos de la ejecución penal ha sido más prolífica en aquellos aspectos que regulan atribuciones, pero como era de esperar, muy poco rigurosa en la regulación de sus prohibiciones.

En muchos ámbitos no existe norma suficiente y no se han prodigado los medios para complementarla adecuadamente.

Este aspecto es patente en el ámbito de la actividad de vigilancia armada a que esta llamado el órgano operador. Si bien la materia está regulada en un instrumento con rango de ley, en el artículo 4 del Decreto Ley 2.859 de 1979, las menciones de estas disposición son de orden general y no regulan en detalle las actuaciones en el contexto penitenciario.

---

<sup>92</sup> Según Cerezo Mir, citado por Garrido Montt, “el cumplimiento del deber nunca puede justificar un acto típico o marginar su tipicidad, si ese acto constituye un atentado a la dignidad humana”. En Garrido Montt, Mario. *Derecho Penal, parte general*, T. II, p. 194, 4° edición

Al efecto la administración no ha dictado al menos una norma reglamentaria que pueda estar sujeta al control de Toma de Razón de la Contraloría General de la República y en su defecto a normado esta materia en un instrumento de menor categoría mediante la Resolución Exenta 9.682 de 2014, expedida por el propio Director Nacional de Gendarmería de Chile.

Cabe mencionar que la citada resolución administrativa tiene por objeto establecer un procedimiento para los eventos de fuga o intento de fuga desde los establecimientos penitenciarios del régimen cerrado, por lo que es dable aseverar que se intenta regular por su intermedio las situaciones de mayor gravedad en cuanto a la utilización de la fuerza estatal tendiente a impedir actos de evasión desde los centros de reclusión.

La referida regulación pretende regular el uso de armas de fuego en circunstancias de evasión, contra el sujeto que no depone su acción a pesar de las advertencias realizadas y habilita realizar disparos a las extremidades inferiores para causar heridas que permitan contenerlo y reducirlo.

Dada la magnitud de la habilitación que se pretende, esta debe estar necesariamente en un cuerpo de rango legal y no en una instrucción meramente administrativa, por el carácter e intensidad de la medida que pretender regular. Lo contrario, esto es la situación actual que presenta la materia, es afectar gravemente el principio de legalidad tornando ineficiente la garantía.

No ayuda a clarificar este punto lo dispuesto en el artículo 3º del Decreto con Fuerza de Ley 1791, sobre Estatuto del Personal de Gendarmería de Chile que al efecto dispone: “El personal pertenecientes a las plantas de Oficiales Penitenciarios y de Suboficiales y Gendarmes podrá hacer uso racional y adecuado de armas en el cumplimiento de sus funciones y especialmente en casos de legítima defensa o ante peligro inminente para la vida o integridad física propia o de terceros”. Por el contrario lejos de ayudar a aclarar la situación introduce un nuevo problema, cual es determinar

en que eventos, propios del cumplimiento de sus funciones, está habilitado normativamente el personal de Gendarmería de Chile para usar las armas de fuego.

Conforme el artículo se confiere una facultad, para el personal que indica, en dos hipótesis: a) en el cumplimiento de sus funciones y b) en caso de legítima defensa.

Obviando la legítima defensa, el precepto no ahonda respecto de la otra hipótesis y no se explicita cuáles son las condiciones y circunstancias que habilitan el uso de armamento de fuego en contra de los internos. Al no estar descritas expresamente estas en una norma legal, abre un margen de discrecionalidad que ha sido llenado por una regulación administrativa exenta del análisis de legalidad y que por tal deviene en abusiva.

Puede incluso ser más agravado si consideramos que en las dinámicas internas, avalado por el nombre que se da a ciertos espacios físicos dentro de los establecimientos penales, se da por existente una “zona de fuego”. Esto es una zona física anterior al muro de circunvalación en el cual estaría supuestamente habilitado el uso de armas de fuego para impedir la fuga.

Existe mucha ambigüedad en la materia que debe ser subsanada por una norma legal estricta que genere un mandato claro y efectivo al funcionario encargado de realizar la acción, habilitando sin sombra de dudas los casos, formas y circunstancias para el uso de armas.

En otra materia que es inherente a la administración pública y que busca salvaguardar que los funcionarios públicos, realicen actos contrarios a la ley por mandato de superiores jerárquicos, el Poder Ejecutivo no ha complementado la norma general establecida en el artículo 64 del Decreto con Fuerza de Ley 29 de 2005, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley 18.834 sobre Estatuto Administrativo, impidiendo con ello que este instrumento de garantía de legalidad tenga aplicación práctica en los aspectos cotidianos de la función penitenciaria, del régimen cerrado. Esto por cuanto a pesar de existir la norma legal, no existe una norma de

bajada que la complemente y la haga plausible de ser efectiva, sobre todo en aquellos procedimientos más complejos como podrían resultar las actuaciones en allanamientos, cacheos corporales y actuaciones en situación de emergencia por fuga u otro evento urgente.

La omisión en dictar una norma complementaria no es insulsa y marca un acentuado interés, propio de la cultura organizacional, de preservar una jerarquía estricta de marcada verticalidad con evidentes tintes castrenses, en que la representación de una orden superior no tiene cabida, por cuanto se cree, que quiebra la atribución del mando.<sup>93</sup>

También resulta necesario que la Administración dicte normas complementarias suficientes para regular los procedimientos de conformidad a la ley que permitan instalar en sus funcionarios una idea clara, unívoca y cierta de cómo han de realizarse cada una de las funciones propias de sus competencias, esto con el objeto de evitar abusos por desconocimiento normativo.

No es poco común que los privados de libertad reclamen por uso de violencia innecesaria y desmedida debido a las cuales se causan lesiones de diversa entidad, afectando su propiedad privada y lesionando sus derechos fundamentales. Siendo

---

<sup>93</sup> La Jerarquía puede ser entendida como un vínculo jurídico que une a los funcionarios de superior a inferior. De manera que el superior manda y el inferior se encuentra en el deber de obedecer la orden impartida. La Jerarquía tiene su base en el artículo 24 de la Constitución Política de la República en cuanto consagra al Presidente de la República como el “Jefe del Estado”<sup>93</sup>, esto es, Jefe Administrativo y en el artículo 17 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.<sup>93</sup> Se configura la Jerarquía mediante dos elementos sustantivos denominados Grado y Posición. De tal forma que se le asigna un grado atribuido al cargo que se ocupa y en base a este elemento se ostenta una posición asignada dentro de Gendarmería de Chile. Respecto del grado, el artículo 9º del Estatuto Administrativo indica: “Todo cargo público necesariamente deberá tener asignado un grado de acuerdo con la importancia de la función que se desempeñe y, en consecuencia, le corresponderá el sueldo de ese grado y las demás remuneraciones a que tenga derecho el funcionario”. La posición a su vez determina dentro de un grupo de funcionarios específicos, quién ostenta la mayor jerarquía y por ende quién pasa a tener la calidad de Jefe de los demás funcionarios.

Se explica así las diferentes denominaciones de Jefe de Sección, Jefe de Departamento, Jefe de Comisiones y otros muchos que rondan la vida funcionaria de Gendarmería de Chile.

La Contraloría General de la República ha dicho que “el vocablo Jefe tiene un carácter genérico y designa a cualquier funcionario que tiene responsabilidades de dirección y fiscalización respecto de un determinado grupo de empleados dependientes de un Servicio Público”.

también recurrente que la defensa ante estas imputaciones sea alegar que el personal hace uso de la fuerza necesaria y adecuada, utilizando medios de coerción como “escudos balísticos, bastones o lumas, gases irritantes y aún de escopetas antidisturbios” con apego a lo que disponen sus instrucciones procedimentales internas.

En muchos de estos casos como se lee en los diversos fallos los funcionarios de Gendarmería creen estar actuando debidamente y de conformidad a la normativa interna, alegando desconocimiento de la ilicitud,<sup>94</sup> o incluso indicando que los procedimientos no están regulados y que dependen de la dirección de quien los dirige,<sup>95</sup> por ello se hace necesario que la propia administración sea especialmente diligente y prolífica en generar normas que sean complemento de las disposiciones legales y logren derribar la incertidumbre de los funcionarios respecto de cuando una actuación es o no legal, con ello materializa el mandato implícito en la garantía de legalidad que le impone a la administración velar porque sus agentes actúen dentro del ámbito de sus atribuciones.

---

<sup>94</sup> Recurso de amparo y protección Rol 1449-2012. ICA Antofagasta.

<sup>95</sup> Fallo Caso Apremios Ilegítimos Villarrica ROL ÚNICO: 1010012440-3. ROL INTERNO 19/2011 del TOP Villarrica 23 de diciembre de 2011.

## CONCLUSIONES

Este trabajo, ha tenido como objetivo analizar el comportamiento que mantiene el sistema de cumplimiento penal chileno, frente a la garantía de legalidad en la fase de cumplimiento penal. Para ello la hemos abordado desde su núcleo, esto es, adentrándonos en los elementos que la configuran como un mandato dirigido a todos los poderes públicos y que en cuanto tal, excede con mucho a la sola dictación de una ley de ejecución, por muy importante que esta sea, abarcando incluso la forma en que la judicatura resuelve los conflictos que se suscitan en el cumplimiento y el comportamiento concreto que asumen los operadores institucionales.

La garantía se erige en favor del ciudadano, se proyecta sobre todo el proceso penal, e impone en fase de cumplimiento la certeza de garantizar los derechos de las personas que están afectas al cumplimiento de una pena en sus diversas modalidades. En este contexto y dado el análisis realizado en las secciones anteriores, es posible alcanzar las siguientes conclusiones:

1. El principio de legalidad, es plenamente aplicable a la fase ejecutiva, en cuanto actúa como garantía ejecutiva de los derechos constitucionales de todas las personas que son afectas al rigor penal, especialmente de aquellas reclusas en los centros penales. De tal forma que bajo el imperio del principio de legalidad no solo es exigible que previo a la ocurrencia del hecho punible se determine la pena y su monto, sino también exista determinación de las formas de cumplimiento que el Estado ha dispuesto para su ejecución y que los poderes públicos actuantes enmarquen sus acciones dentro de los criterios legales establecidos.

La legalidad en la fase de cumplimiento, implica no solo que la forma de ejecución de las penas debe estar establecida en un instrumento normativo con rango de ley<sup>96</sup>, de

---

<sup>96</sup> Sin duda que la ley de ejecución viene a cumplir parte de ese rol y al no existir se abandona parte de la garantía ejecutiva al arbitrio de la administración, pues esta fija por norma de rango inferior, las condiciones de encierro y el régimen de cumplimiento, sin embargo esto no exime a los operadores de

tal manera que puedan ser previsible cualitativamente sus características, sino también que la administración sea respetuosa de sus competencias y que el control jurisdiccional se ejerza conforme los criterios legales aplicables a los casos del cumplimiento.

El análisis que se realiza del sistema para verificar si se cumple con el principio de legalidad en muchos de los casos, se queda suspendido en la verificación de que no existe una ley de ejecución en nuestro país y prescinde de analizar otros comportamientos de los poderes públicos que, usando como excusa lo anterior, omiten dar mayor rendimiento a la garantía ejecutiva al incumplir el mandato al que están llamados para proteger a la persona frente a la potestad del Estado

2. En Chile, no se advierte una propensión de los operadores por cumplir los estándares legales en la fase de cumplimiento. Respecto de la ejecución penal, es perfectamente posible distinguir un programa formal sobre el que descansa el sistema y un actuar concreto de los operadores involucrados, sin embargo ambos resultan deficitarios respecto del cumplimiento de la garantía ejecutiva. Al tomar en consideración las prescripciones normativas que se ha entregado el Estado en esta materia y la forma en que operan los poderes públicos durante el cumplimiento, sometiéndolos a una verificación de realización posible, se puede establecer sin sombra de dudas, que no existe interés manifiesto por cumplir con la garantía de legalidad en la etapa de cumplimiento penal.

El Estado, al carecer de un sistema normativo idóneo, sin una cultura de propensión a la legalidad, violenta gravemente la garantía permitiendo la existencia de espacios discrecionales para la Administración, que posibilitan un ablandamiento de las garantías constitucionales de los penados, devaluándolos en su calidad, a una categoría inferior a la de sujeto de derechos.

---

cumplir el mandato de legalidad particular que corresponde a cada uno fortaleciendo la garantía que ello supone.

Al existir un margen demasiado amplio de discrecionalidad se torna imposible la garantía como herramienta de protección frente a abusos y excesos de poder. Sobre todo en un sistema permeado por las visiones de emergencia penal que retóricamente potencia tratar al que delinque como enemigo con el cual no podemos dialogar, sino que le debemos amenazar. El recorte de las garantías individuales y el ablandamiento del principio de legalidad se asumen, en esta visión, como deseables y propician la mantención indebida de la relación de sujeción especial entre el individuo y el Estado.

3. La falta de un control jurisdiccional efectivo de la actividad penitenciaria, que supervigile la etapa de cumplimiento, acrecienta la debilidad de la garantía, resultando insuficientes los tímidos esfuerzos desplegados en la actualidad por el legislador, toda vez que no alcanzan a satisfacer el estándar que se exige en un Estado de derecho.

Aún sin la ley de ejecución penal, la garantía ejecutiva podría ser satisfecha con un mayor estándar por los operadores institucionales si estos tuvieran en vista las propias obligaciones que de ella emanan y dentro de las cuales exige entre otras, que el control jurisdiccional supedita sus resoluciones a ciertos criterios que no pueden estar sino en la ley y que a falta de una específica, en Chile se podría usar el bloque de legalidad con base en el examen de convencionalidad.

Los jueces ante la indigencia normativa, no están obligados a tomar los criterios del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, cuando este excede su ámbito e invade la esfera legal, ni menos utilizar los criterios de la propia administración vertidos en la profusa reglamentación administrativa que contienen las resoluciones internas emanadas de Gendarmería de Chile.

4. En cuanto a la administración, se evidencia una práctica institucional que no aporta a sostener una cultura de apego a la ley y, supedita esta condición a los controles que sobre su actividad se dispongan. Tal concepción es errónea por cuanto su naturaleza, propia de un Estado democrático de derecho, está basada en la idea del apego a legalidad y así lo evidencian sus normas orgánicas que son depositarias de este contenido.

De ello deriva que para lograr el máximo rendimiento de la garantía de legalidad, la administración no depende en estricto rigor del control jurisdiccional, toda vez que su apego a ella es independiente y puede ser logrado incluso potenciando una cultura de gestión eficiente en torno al respeto de los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad, que excluya la cultura organizacional del despotismo y la arbitrariedad.

5. En materia carcelaria, es evidente que los poderes públicos no han dado cumplimiento a los deberes que emanan del principio de legalidad a objeto que este cumpla su función de garantía en la fase de ejecución y con ello transitan peligrosamente por la berma intermedia de una legalidad aparente, que dista mucho del involucramiento real, demandado por un verdadero Estado democrático de derecho. En esta desidia no solo ha participado el poder Ejecutivo, con la operatoria autoritaria del sistema, sino también el Legislativo, que se ha mantenido al margen de su deber al no haber instituido mediante normas legales un sistema de ejecución penal idóneo a nuestro ideario político, y el Judicial al validar este estado de infra legalidad utilizando normas reglamentarias y de la potestad administrativa para resolver los conflictos cuyos estándares solo pueden ser establecido por la ley.

El programa formal sobre el cual descansa la legitimidad del sistema, está desprovisto del rango normativo que exige el Estado democrático y omite la existencia de un sistema de control jurisdiccional especializado que materialice la garantía ofrecida. Este estado de indigencia legal y de control, genera un espacio propicio para la proliferación de un programa informal paralelo que, influenciado por elementos de la cultura organizacional interna, condiciona todos los aspectos de la operatoria y marca especialmente el sentido de la relación que media entre el Estado y el penado.

Lejos de superar la vieja relación de sujeción especial, en el estado actual se acrecienta e involuciona en materia de protección de derechos y acceso a la justicia, desmontando la garantía ejecutiva y aceptando de facto, que la gran mayoría de los efectos de dicha relación son obligaciones para el preso y solo un mínimo se traduce

en un goce residual de derechos, en la medida que su ejercicio resulte pacífico para la administración.

#### BIBLIOGRAFIA

- Álvarez, Francisco. Sobre principio de legalidad. Tirant Lo Blanch 2009.
- Baratta, Alessandro. Criminología y sistema penal. Editorial B de F. 2004.
- Barros Lezaeta, Luis. Opiniones y experiencias de los sectores populares urbanos en torno a la justicia. Centro de Desarrollo Jurídico Judicial y Corporación de Promoción Universitaria. 1997.
- Bergalli, Roberto. Principio de legalidad: fundamento de la modernidad. Jueces para la democracia 1998.
- Bueno Arus, Francisco. Garantía y límites de la actividad penitenciaria. Endersa 1986.
- Bustos, Juan y Hormazabal, Hernán. “Nuevo sistema de Derecho Penal”. Madrid, Trotta 2004.
- Bustos, Juan, “Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica” año 8 N°12 1996
- Carrillo, Fernando. Derecho Administrativo y sistema de regulación. BID 2000.
- Carou, Sara “El Principio de Legalidad en el Derecho penitenciario español” Octubre, InDret, 2017.
- Cesano, José Daniel; Reviriego, Fernando. Teoría y Práctica de los derechos fundamentales en las prisiones. Bdef 2013.
- Carnevali, Raúl y Maldonado, Francisco “El tratamiento penitenciario en Chile. Especial atención a problemas de constitucionalidad”, en Revista Ius et Praxis, año 19, N° 2 (2013), Universidad de Talca.
- Compendio Estadístico Penitenciario año 2016. Gendarmería de Chile.
- Cordero, Eduardo, “El control jurisdiccional de la actividad de la administración penitenciaria”. Informe en Derecho, Departamento de Estudios de la Defensoría Penal Pública, 2009.

- Coyle Andrew, La administración penitenciaria en el contexto de los derechos humanos, Internacional Centre for Prison Studies, Kings College London, Londres, 2002
- Cury, Enrique. “Derecho Penal: Parte General”. Santiago, Ediciones UC 2011
- Ferrajolli, Luigi. Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Trotta 2005.
- Garrido, Mario , Derecho Penal. Parte General (Tomo I), Ed. Jurídica de Chile, 2003
- Horvitz, María Ines. “La insostenible situación de la ejecución de las penas privativas de libertad: ¿vigencia del Estado de derecho o estado de naturaleza?” 2018.
- John Pratt, “Castigo y civilización, una lectura crítica sobre las prisiones y los regímenes carcelarios”, 2006, Editorial Gedisa., Barcelona.
- Mapelli, Borja. Las consecuencias jurídicas del delito. Civitas 2005.
- Mapelli, Borja. Una nueva versión de las normas penitenciarias europeas. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2006.
- Morales P., Ana María. “La política criminal contemporánea: Influencia en Chile del discurso de la ley y el orden”. Polít. crim. Vol. 7, No 13 (Julio 2012)
- Morales, Ana María; Welsh, Gherman y Hurtado, María Teresa. “Estudio comparado sobre tribunales de Ejecución de penas” . Fundación Paz Ciudadana, Santiago, 2015
- Mata y Martín, Ricardo, “El principio de legalidad en el ámbito penitenciario” Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo (19), Anuario Facultad de Derecho – Universidad de Alcalá IV (2001)
- Nash, Claudio, “Estado social y democrático de derechos en Chile. Tan lejos, tan cerca”. Revista Derecho y Humanidades, N° 18, 2011,
- Perez, Mercedes; Lascuraín Juan Antonio. La tutela multimedial del principio de legalidad penal. Marcial Pons 2016.
- Piñol, Diego y Sánchez, Mauricio, Estudio Condiciones de vida en los Centros de Privación de Libertad en Chile: Análisis a partir de una encuesta aplicada a seis países de Latinoamérica. Centro de Estudios en Seguridad Ciudadana del Instituto de Asuntos Públicos de la Universidad de Chile

- Programa EUROsociAL, Ejecución de la pena privativa de libertad: una mirada comparada Documento de Trabajo nº 17 Serie: Guías y Manuales Área: Justicia 2014.
- Rivera Beiras, Iñaki, “Recorridos y posibles formas de penalidad”, Ed. Anthropos, 2005.
- Rivera Beiras, Iñaki. La cuestión carcelaria: Historia, epistemología, derecho y política penitenciaria. Editores del Puerto 2006.
- Roxin, Claus. Derecho Penal. Parte General. Civitas 2009.
- Rushe, Georg y Kirchheimer, Otto. Pena y estructura social. Editorial Temis 2004.
- Stippel, Jörg: “Las Cárcenes y la Búsqueda de una Política Criminal para Chile”. LOM 2006.
- Stippel, Jörg. Cárcel, derecho y política. LOM 2014.
- Tébar Vilches, Beatriz. El modelo de libertad condicional español. Thomson. 2006.
- Valenzuela, Jonantan, *El estado actual de la reforma al sistema penitenciario en Chile*. Artículo de la Revista Estudios de la Justicia del Centro de Estudios de la Justicia de la Universidad de Chile.2005.
- Zaffaroni, Eugenio. Los objetivos del sistema penitenciario y las normas constitucionales. Editores del Puerto 1995.
- Zaffaroni, Eugenio. Manual de Derecho Penal. Parte General. Ediar Temis 2006.
- Zugaldía, José Miguel. Fundamentos del Derecho Penal. Universidad de Granada 1990.

#### Dictámenes Contraloría General de la República

- Dictamen N° 14.157, de 1994;
- Dictamen N°56.044, de 2008, y
- Dictamen N°67.264, de 2009,
- Dictamen N° 24087 de 2010.

## Documentos

- Encuesta en Seguridad Ciudadana 2016.
- Estudio de las Condiciones Carcelarias en Chile 2014-2015, del Instituto Nacional de Derechos Humanos.
- Estudio Comparado sobre Ejecución de Penas, de la Fundación Paz ciudadana.
- Informe de Cárceles emanado de la Fiscal de la Corte Suprema.
- Informe Evaluación comprensiva del Gasto, Dirección de Presupuesto, Ministerio de Hacienda año 2012. Estudio Comparado sobre Ejecución de Penas, de la Fundación Paz ciudadana.
- Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia que investigó las eventuales responsabilidades políticas o administrativas en el incendio que afectó al Centro de Detención Preventiva de San Miguel el año 2010.