

GUSTAVO A. AROCENA  
DIRECTOR

AROCENA | ARRIAGADA GAJEWSKI  
CASTILLO VAL | GARCÉ GARCÍA Y SANTOS  
MEJÍAS RODRÍGUEZ | PELÁEZ JARAMILLO  
POSADA SEGURA | SILVA OLIVARES

EL CONTROL JUDICIAL  
DE LA CÁRCEL  
EN AMÉRICA LATINA

SUPERVISIÓN GENERAL: NATALIA C. PACHECO

 **EDIAR**

*A los juristas de América Latina,  
por una dogmática penal profunda, sensible  
y, principalmente, con identidad propia.*

Arocena, Gustavo A. (dir.)  
El control judicial de la cárcel en América Latina - 1ª ed. -  
Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediar, 2014.  
372 pp.; 21 x 15 cm

ISBN 978-950-574-319-3

1. Derecho penal.  
CDD 345

Fecha de catalogación: 22/8/2014

IMPRESO EN LA ARGENTINA

Queda hecho el depósito que exige la Ley 11.723

Copyright by Editora Ar S. A.

Tucumán 927, 6º piso

Ciudad Autónoma de Buenos Aires

[www.ediar.com.ar](http://www.ediar.com.ar)

2014

## ÍNDICE

PRÓLOGO . . . . .	15
Por Enrique Bacigalupo	

### CAPÍTULO I

LA VIGILANCIA JUDICIAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD EN LA ARGENTINA . . . . .	19
Por Gustavo A. Arocena	

I. Introducción . . . . .	19
II. La vigilancia judicial de la realización del castigo penal . . . . .	22
II.a. <i>La necesidad del control judicial de la ejecución del encierro carcelario</i> . . . . .	22
II.b. <i>Sobre el tribunal competente para ejercer el control</i> . . . . .	35
II.c. <i>La orientación de la Ley Nacional N° 24.660 en materia de vigilancia judicial de la ejecución de la pena privativa de la libertad</i> . . . . .	40
II.d. <i>Distintas funciones comprendidas en el control judicial del encierro carcelario</i> . . . . .	41
II.d.1. Funciones de tutela . . . . .	41
II.d.2. Funciones decisorias en cuestiones relativas a las modalidades de ejecución "en sentido estricto" . . . . .	42
II.d.3. Funciones de control . . . . .	65
II.d.4. Funciones de mero conocimiento . . . . .	91

III. Reflexiones finales . . . . .	93
Bibliografía . . . . .	94

## CAPÍTULO II

LA JUSTICIA AUSENTE. EL SISTEMA  
PENITENCIARIO Y EL CONTROL JUDICIAL  
DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA  
DE LIBERTAD EN CHILE . . . . .

Por Isabel Arriagada Gajewski y Guillermo Silva Olivares

I. Introducción . . . . .	102
II. El sistema de ejecución de la pena privativa de libertad en Chile . . . . .	103
III. Características generales de la regulación de la ejecución de penas privativas de libertad. El reglamento de establecimientos penitenciarios . . . .	105
III.a. Panorama de la normativa internacional vigente y ratificada por Chile . . . . .	107
III.b. La relación jurídica penitenciaria . . . . .	111
III.c. La administración de la actividad penitenciaria . . . .	114
IV. El control de la actividad penitenciaria . . . . .	117
IV.a. El control administrativo de la actividad penitenciaria . .	118
IV.b. El control judicial de la actividad penitenciaria: autoridad competente . . . . .	123
IV.c. El control judicial de impugnaciones y reclamos frente a los actos de la administración de la actividad penitenciaria . .	125
IV.c.1. Traslados y visitas . . . . .	127
IV.c.2. Permisos de salida . . . . .	131
IV.c.3. Libertad condicional . . . . .	133
IV.c.4. Sanciones disciplinarias . . . . .	136

IV.d. El control judicial por medio de acciones constitucionales . . . . .	139
IV.e. El control judicial de las condiciones de ejecución de la pena privativa de libertad por medio de visitas . . . . .	143
IV.f. El control judicial de las condiciones de ejecución de la pena privativa de libertad por medio de la audiencia de "cautela de garantías" . . . . .	146
V. Lineamientos para un nuevo sistema de control judicial de la ejecución de la pena privativa de libertad en Chile . . . . .	148
Va. ¿Una nueva institucionalidad? Aspectos para tener en cuenta . . . . .	148
Va.1. Jurisdicción especializada . . . . .	148
Va.2. Competencia . . . . .	151
Va.3. Reforma institucional integral . . . . .	152
Va.4. Procedimiento . . . . .	155
Vb. Notas sobre las bases para un nuevo modelo . . . . .	156
Vb.1. La ejecución de la pena de privación de libertad . . . .	157
Vb.2. El derecho ausente . . . . .	161
Bibliografía . . . . .	163

## CAPÍTULO III

EL CONTROL JUDICIAL DE LA PROGRESIVIDAD  
DE LA PENA EN CHILE. POR AHORA, UNA TAREA  
PENDIENTE . . . . .

Por Ignacio Castillo Val

I. Introducción . . . . .	167
II. El sistema de penas privativas de libertad en el CP chileno y su progresividad . . . . .	188

## CAPÍTULO VI

EL CONTROL JUDICIAL DE LA PENA EN URUGUAY,  
EN EL CONTEXTO DE LA IMPLEMENTACIÓN DEL  
MECANISMO NACIONAL DE PREVENCIÓN  
DE LA TORTURA . . . . . 341

Por Álvaro Garcé García y Santos

I. Introducción . . . . .	342
II. <i>Quis custodiet ipsos custodet?</i> . . . . .	347
III. La complementariedad del control judicial y los mecanismos de prevención del Protocolo . . . . .	349
IV. El monitoreo de los lugares de detención . . . . .	352
V. El control judicial de la pena . . . . .	354
<i>V.a. Visita regular de expedientes</i> . . . . .	355
<i>V.b. Inspección judicial de los lugares de reclusión</i> . . . . .	355
<i>V.c. Salidas transitorias</i> . . . . .	356
<i>V.d. Libertad condicional y libertad anticipada</i> . . . . .	357
<i>V.e. Suspensión condicional de la ejecución de la pena</i> . . . . .	357
VI. Áreas que requieren el establecimiento de una jurisdicción especializada . . . . .	358
<i>VI.a. La protección de la vida</i> . . . . .	358
<i>VI.b. La interdicción de la detención secreta y el derecho a no ser víctima de desaparición forzada</i> . . . . .	360
<i>VI.c. Prevención de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes</i> . . . . .	362
<i>VI.d. Hacinamiento</i> . . . . .	363
<i>VI.e. "Non refoulement"</i> . . . . .	364
<i>VI.f. Progresividad y traslados</i> . . . . .	365
VII. Conclusión . . . . .	366
Bibliografía . . . . .	366

## PRÓLOGO

*Gustavo A. Arocena* me hace el honor de pedirme que prologue esta importante obra. Digo importante, en primer lugar, por la calidad de los trabajos que la componen. Pero, además, por tratarse de un trabajo colectivo que favorece un avance del Derecho vigente sobre una base comparativa. Evidentemente, la unidad cultural de América Latina constituye un factor ideal para los estudios jurídico-comparativos. No obstante, el Derecho penal comparado no ha tenido entre nosotros el desarrollo que hubiera sido de esperar. Este libro, por lo tanto, abre un camino al que cabe augurar los mejores resultados.

En otro orden de ideas, los trabajos reunidos en este libro ponen de manifiesto que, al menos en la teoría, se han superado los tiempos en los que dominaba la idea expuesta por *Raymond Saleilles* a fines del siglo XIX, según la cual la ejecución de la pena era una materia de competencia de una administración penitenciaria a la que se reconocían facultades de individualización de la pena, no sometidas a la vigilancia judicial<sup>1</sup>.

Partiendo de la experiencia española me parece posible afirmar que, de todos modos, en la práctica siempre quedan rastros de una cierta independencia de la administración penitenciaria, que, en parte, resulta compensada por el control de legalidad, ejercido por los jueces de ejecución penitenciaria, y de constitucionalidad, llevado a cabo por la jurisdicción constitucional.

Estimo, además, que también es de resaltar la oportunidad en la que aparecen estos trabajos. Precisamente la Argentina cuenta actualmente con un Proyecto de reforma del Código Penal de 1921.

<sup>1</sup> Cfr. SALEILLES, R. *L'individualisation de la peine*, 1898, p. 262 y ss.

## CAPÍTULO II

### LA JUSTICIA AUSENTE. EL SISTEMA PENITENCIARIO Y EL CONTROL JUDICIAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EN CHILE

Por Isabel Arriagada Gajewski<sup>1</sup> y Guillermo Silva Olivares<sup>2</sup>

**Sumario:** I. I. Introducción. II. El sistema de ejecución de la pena privativa de libertad en Chile. III. Características generales de la regulación de la ejecución de penas privativas de libertad. El reglamento de establecimientos penitenciarios. III.a. Panorama de la normativa internacional vigente y ratificada por Chile. III.b. La relación jurídica penitenciaria. III.c. La administración de la actividad penitenciaria. IV. El control de la actividad penitenciaria. IV.a. El control administrativo de la actividad penitenciaria. IV.b. El control judicial de la actividad penitenciaria: autoridad competente. IV.c. El control judicial de impugnaciones y reclamos frente a los actos de la administración de la actividad penitenciaria. IV.c.1. Traslados y visitas. IV.c.2. Permisos de salida. IV.c.3. Libertad condicional. IV.c.4. Sanciones disciplinarias. IV.d. El control judicial por medio de acciones constitucionales. IV.e. El control judicial de las condiciones de ejecución de la pena privativa de libertad por medio de visitas. IV.f. El control judicial de las condiciones de ejecución de la pena privativa de libertad por medio de la audiencia de "cautela de

<sup>1</sup> Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Chile. Magíster @ en Sociología, Pontificia Universidad Católica de Chile. C. e.: isabelarriagada@gmail.com.

<sup>2</sup> Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Chile. Ayudante del Departamento de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. C. e.: guillermosilvaolivares@gmail.com.

garantías". V. Lineamientos para un nuevo sistema de control judicial de la ejecución de la pena privativa de libertad en Chile. V.a. ¿Una nueva institucionalidad? Aspectos para tener en cuenta. V.a.1. Jurisdicción especializada. V.a.2. Competencia. V.a.3. Reforma institucional integral. V.a.4. Procedimiento. V.b. Notas sobre las bases para un nuevo modelo. V.b.1. La ejecución de la pena de privación de libertad. V.b.2. El derecho ausente. Bibliografía.

## I. Introducción

En su imprescindible obra *Vigilar y castigar*, Michel Foucault identifica un principio crucial para el devenir del moderno sistema penal que denomina *declaración de independencia carcelaria*. Bajo esta máxima, la prisión se ha convertido en un poder que controla y administra autónomamente la ejecución del castigo en tanto parte de la soberanía punitiva<sup>3</sup>. Como Foucault reconoce, la consecuencia inevitable de la *declaración* resulta en la reproducción de los excesos y la arbitrariedad, otrora atribuibles a la actividad del antiguo régimen penal y a la gracia del príncipe. Así, entonces, la necesidad de que este poder carcelario sea objeto de control en sus diversas manifestaciones por parte de entidades imparciales resulta ineludible. En distintas legislaciones, este problema en concreto se trata bajo la forma del control judicial de la ejecución de las penas privativas de libertad.

Chile aún convive con este conflicto. Desde el año 2000 en adelante diversas reformas han contribuido a fortalecer y legitimar la forma de impartir justicia en nuestro país. La reforma procesal penal es paradigmática a este respecto, ya que significó un importante paso hacia el reconocimiento de los imputados como sujetos de derecho. Sin embargo, y como es señalado insistentemente en la doctrina nacional, la ejecución de la pena, y en especial de la pena privativa de libertad, ha ido

<sup>3</sup> FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2002, p. 250.

desacompañada de este proceso de reformas<sup>4</sup>. Chile no cuenta con una ley de ejecución de penas propiamente tal ni tampoco con una institucionalidad específica y especializada para el control de la actividad ejecutiva. Estos déficits permiten ser encuadrados en una serie de lastres y amarres normativos y teóricos que impiden contar con un sistema de ejecución de penas adecuado a, por ejemplo, las exigencias de los últimos avances del Derecho internacional.

Las falencias estructurales que aquejan al sistema requieren ser abordadas prontamente en la agenda pública. Desde hace algunos años, gran parte del mundo académico y profesional chileno insta por –y entiende como tareas inexcusables– la dictación de una ley penitenciaria y la definición de un juez especializado para llevar a cabo un adecuado y eficaz control de la ejecución penal. Si bien se han efectuado en los últimos años importantes modificaciones a nivel del cuerpo encargado de la administración penitenciaria y de las posibilidades de defensa en esa materia, la implementación de un sistema general y adecuado de ejecución penal y sus posibilidades de control judicial permanecen pendientes.

## II. El sistema de ejecución de la pena privativa de libertad en Chile

El conocido diagnóstico de la literatura tradicional sobre la normativa que regula los distintos aspectos de la ejecución de la pena privativa de libertad en Chile (o "actividad penitenciaria") identifica diversas

<sup>4</sup> Como bien señala Eduardo Cordero: "[A] quien se introduce en este tema por vez primera le llama de inmediato la atención la discordancia que existe por el respeto de la legalidad en el sistema judicial y las normas procedimentales, frente a las inhumanas condiciones en las cuales se encuentra el condenado en un establecimiento penitenciario". Cfr. CORDERO, Eduardo, "El control jurisdiccional de la actividad de la administración penitenciaria", en *Informes en Derecho. Doctrina procesal penal 2009*, Santiago, Departamento de Estudios de la Defensoría Penal Pública, 2010, p. 72, disponible en: <http://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=documentos/10221.1/34789/2/233834.pdf> [Consulta: 15 de diciembre de 2013].

falencias. Entre ellas se destacan la ausencia de un estatuto constitucional que oriente la actividad penitenciaria; el carácter asistemático, atomizado y disperso de la normativa<sup>5</sup>; la regulación por vía de una fuente formal inferior de orden reglamentario, con la subsecuente carencia de normativa de rango legal<sup>6</sup>; y, en especial, la inexistencia de una judicatura especializada que resuelva los distintos incidentes que ocurren en el interior de los establecimientos penitenciarios. A todo ello se suma la realidad de las cárceles nacionales, cuyas precarias condiciones amparan un estado constante de vulneración de derechos.

Existen dos grandes vías para hacer frente al problema. La primera, acudir al conjunto de disposiciones existentes en Chile que han sido desatendidas por los operadores del sistema<sup>7</sup>. Urge en el corto plazo garantizar la aplicación efectiva de la normativa reglamentaria, la legislación y los tratados internacionales vigentes y ratificados por nuestro país, en orden a resguardar, al menos mínimamente, los derechos de los privados de libertad. Como segunda vía, y en paralelo, resulta imperativo diseñar una estrategia legislativa de mediano y largo plazo de *lege ferenda* que corrija los problemas —y vacíos— de la legislación vigente e introduzca una regulación de jerarquía legal a tono con los principios y reglas mínimas establecidas por los instrumentos internacionales reconocidos<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> Por todos, VALENZUELA, Jonatan, "Estado actual de la reforma al sistema penitenciario en Chile", en *Revista de Estudios de la Justicia*, n° 6, 2005, p. 192.

<sup>6</sup> *Vid.*, por ejemplo, Guzmán Dalbora, José Luis, "Consideraciones críticas sobre el reglamento penitenciario chileno", en *Gaceta Jurídica*, n° 168, 1994, p. 13 y ss.

<sup>7</sup> CORDERO, Eduardo, *op. cit.*, p. 73. El autor sigue en este punto la opinión del informe emitido en 2009 por la Fiscalía Judicial de la Corte Suprema ante la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado. En la última década, al alero de la denuncia por parte de quienes se dedican a la investigación y exposición de la vulneración de derechos dentro de nuestros establecimientos penitenciarios, han existido importantes esfuerzos por sistematizar, o al menos recopilar, el gran número de legislación dispersa sobre la materia. Ejemplo de ello es el "Compendio penitenciario concordado", de la Defensoría Penal Pública, editado por María Alicia Salinero y Valeria Aldana.

<sup>8</sup> Por todos, VALENZUELA, Jonatan, *op. cit.*, p. 207.

En resumen, el déficit en materia penitenciaria es profundo y alcanza varios ámbitos institucionales: no solamente se requiere de un mejor trabajo legislativo, sino también de la voluntad del aparato judicial y administrativo de respetar y aplicar de manera adecuada la legislación ya vigente. Visto así, resulta fundamental entonces para el tema que aquí interesa revisar la normativa sobre actividad penitenciaria en Chile.

### III. Características generales de la regulación de la ejecución de penas privativas de libertad. El reglamento de establecimientos penitenciarios

La Constitución política chilena no incluye referencia específica ni apartado especial dedicado a la actividad penitenciaria, sino artículos dispersos que tienen relevancia más o menos directa para la ejecución de las penas privativas de libertad, tales como el principio de legalidad de las penas (art. 19, n° 3, incs. 7 y 8), la regulación de la libertad personal (art. 19, n° 7, letras b y d), el establecimiento de las acciones de protección y amparo (arts. 20 y 21) y la facultad de imperio de los tribunales (art. 73). Adicionalmente, y como se verá en el siguiente apartado, resulta crucial el artículo quinto del texto constitucional, que sujeta a los órganos estatales al reconocimiento de los derechos establecidos en la legislación internacional contemplada en tratados o acuerdos vigentes y ratificados por Chile.

A la ausencia de normativa constitucional explícita y específica se suma la inexistencia de regulación general y sistemática de orden legal. Entre las escasas normas de carácter legal que refieren expresamente a la ejecución penitenciaria, se encuentra el artículo 80 del Código Penal. Esta norma, en su inciso primero, parece asentar el principio de legalidad en la ejecución de la pena, señalando que no "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". Sin embargo, en su inciso segundo termina delegando en la potestad reglamentaria



la regulación de castigos disciplinarios, trabajos, relaciones con terceros, socorros y régimen alimenticio de los internos.

Así, entonces, el mayor cuerpo normativo del sistema penitenciario chileno es el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios (en adelante, REP) dictado por el Ministerio de Justicia<sup>9</sup>. El REP comprende, entre sus principales materias, la regulación de los establecimientos penitenciarios, su orgánica y administración, el régimen penitenciario, los derechos y obligaciones de los internos, comunicaciones e informaciones, visitas, derecho a efectuar peticiones, propiedad de los internos, régimen disciplinario, actividades y acciones para la reinserción social y permisos de salida.

Si bien el REP constituyó en su momento un importante esfuerzo por recoger las principales directrices internacionales en la materia<sup>10</sup>, su rango normativo reglamentario merece censura. Son diversos los argumentos que se han esgrimido para requerir una normativa con rango legal de la ejecución penitenciaria en contra de la delegación a la potestad reglamentaria del poder ejecutivo. En primer lugar, la ordenación vía reglamentaria elude el mandato constitucional de normar la afectación de los derechos fundamentales por ley<sup>11</sup>. Sobre este punto, la privación o restricción de la libertad ambulatoria (propia de la pena privativa de libertad) expone a otros derechos fundamentales a ser conculcados, como los derechos de propiedad, intimidad o libertad de expresión, circunstancia que amerita regulación legal. Adicionalmente, el artículo 64 de la

<sup>9</sup> Decreto Supremo del Ministerio de Justicia n° 518, de 21 de agosto de 1998. Según Raúl Carnevali y Francisco Maldonado, el REP operaría como equivalente a una Ley General Penitenciaria. CARNEVALI, Raúl y MALDONADO, Francisco, "El tratamiento penitenciario en Chile. Especial atención a problemas de constitucionalidad", en AA. VV., *El tratamiento penitenciario. Resocialización del delincuente*, Arocena, Gustavo (dir.), Buenos Aires, Hammurabi, 2013, p. 141.

<sup>10</sup> HORVITZ, María Inés, "Ejecución de las sentencias condenatorias y de las medidas de seguridad", en HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián, *Derecho Procesal Penal chileno*, t. II, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 586.

<sup>11</sup> Art. 19, n° 26, de la Constitución Política de la República.

Constitución política excluye de las materias que pueden ser objeto de delegación en la potestad reglamentaria a aquellas comprendidas en las garantías constitucionales. Dado que el reglamento claramente importa la regulación de derechos fundamentales, viola flagrantemente esta exigencia constitucional<sup>12</sup>. A esto se suma que la Constitución consagra el principio de legalidad de las penas<sup>13</sup>, de modo que parece razonable que las condiciones de materialización de la pena sean objeto también de discusión y producción legislativa<sup>14</sup>. La ausencia de normativa de rango legal simboliza de cierta manera la irrelevancia democrática de la ejecución penal en el país y la negación política de los presos como sujetos de derechos<sup>15</sup>. Sobre la regulación general y de mayor relevancia para la efectiva ejecución de las penas privativas de libertad, entonces, pesan fuertes objeciones de constitucionalidad<sup>16</sup>.

### III.a. Panorama de la normativa internacional vigente y ratificada por Chile

En Chile se encuentran ratificados y vigentes diversos tratados internacionales que protegen a las personas privadas de libertad, ya sea por la titularidad de los derechos fundamentales generales como por la protección focalizada de algunos instrumentos específicos relativos a

<sup>12</sup> GUZMÁN DALBORA, José Luis, *op. cit.*, p. 13 y ss. Así también, Couso, Jaime y Mera, Jorge, "Hacia un sistema de control de la ejecución de penas privativas de libertad", en *Boletín Jurídico del Ministerio de Justicia*, n° 4-5, Santiago, 2003, p. 116 y ss.

<sup>13</sup> Art. 19, n° 3, inc. 8, CPR.

<sup>14</sup> La Constitución exige la legalidad de las penas en los momentos de conminación, adjudicación y ejecución, pues en todas estas fases se garantiza a las personas la intangibilidad de sus derechos fundamentales cuando se trata del ejercicio del *ius puniendi* estatal o, al menos, de aquellos que no son afectados por la sanción impuesta en la sentencia definitiva. Valenzuela, Jonatan, *op. cit.*, p. 199. V. también Mañalich, Juan Pablo, "El derecho penitenciario entre la ciudadanía y los derechos humanos", en *Revista de Criminología e Ciencias Penitenciarias*, año 1, n° 2, 2011, p. 14.

<sup>15</sup> CARNEVALI, Raúl y MALDONADO, Francisco, *op. cit.*, p. 142.

<sup>16</sup> GUZMÁN DALBORA, José Luis, *op. cit.*, p. 14.

la ejecución penal. En nuestro país, los derechos fundamentales consagrados en tratados internacionales ostentan rango constitucional, o al menos legal, en virtud del artículo quinto, inciso segundo, de la Constitución política, que impone a los órganos del Estado el deber de respetar los derechos garantizados tanto por la Constitución como por los Tratados Internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Los tratados vigentes con relevancia en materia penitenciaria son el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; la Declaración Universal de los Derechos Humanos; la Convención Americana de Derechos Humanos; la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y su correspondiente Protocolo Facultativo. *Grosso modo*, esta normativa exige el trato humano y digno respecto de toda persona privada de libertad, prohíbe el uso de castigos o tratos crueles, inhumanos o degradantes, consagra el derecho a un debido proceso y establece el derecho al recurso efectivo ante jueces o tribunales competentes frente a violaciones de derechos fundamentales, aun cuando la violación sea impetrada por funcionarios oficiales, tal como lo asegura para las personas en libertad<sup>17</sup>.

<sup>17</sup> Existen dos recientes informes en la materia que proporcionan una descripción acabada sobre la vigencia de los derechos fundamentales respecto de personas privadas de libertad en Chile. Uno elaborado por el Instituto Nacional de Derechos Humanos (Cfr. LARGO, Eliana, *Estándares Internacionales en materia de personas privadas de libertad y condiciones de los centros penitenciarios. Sistematización, análisis y propuestas*, Santiago, Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2012, disponible en: <http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/311/estandares.Pdf?sequence=4> [Consulta: 7 de diciembre de 2013]); y otro efectuado por el Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile (V. Nash, Claudio; Milos, Catalina y Aguiló, Pedro, *Personas privadas de libertad y medidas disciplinarias en Chile. Análisis y propuestas desde una perspectiva de derechos humanos*, Santiago, Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2013, disponible en: <http://www.cdhh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/94.pdf> [Consulta: 7 de diciembre de 2013]). Así también, uno de los mayores referentes en la materia se encuentra en el Informe anual sobre derechos humanos del Centro de Derechos Humanos Universidad Diego Portales (CENTRO DE DERECHOS

De la normativa estipulada específicamente respecto de la población reclusa se desprenden, siguiendo a Eliana Largo, tres principios fundamentales, a saber<sup>18</sup>: primero, la exigencia de *trato humano*, de acuerdo a la dignidad y valor inherente como personas; segundo, la *posición de garante* del Estado, en el sentido del deber estatal de asegurar condiciones mínimas de vida y proteger a los internos contra amenazas a su integridad física o psíquica<sup>19</sup>; y tercero, la *vigencia general de los derechos* distintos de las limitaciones propias del encarcelamiento, en el sentido de minimizar los efectos colaterales que pueda tener la privación de

HUMANOS UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES, "Sistema penitenciario y Derechos Humanos", en *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2010*, Santiago, Universidad Diego Portales, 2010, disponible en: <http://www.derechoshumanos.udp.cl/archivo/informe-anual> [Consulta: 8 de diciembre de 2013]).

<sup>18</sup> Junto con los tratados internacionales o *hard law*, el Derecho internacional ha implementado normativa de *soft law*, correspondiente a las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, adoptadas por el Primer Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra, en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) del 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) del 13 de mayo de 1977; los Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos, adoptados y proclamados por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 45/111, del 14 de diciembre de 1990; el Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988; los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, adoptados por la Organización de los Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Resolución 01/08; los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por parte de Oficiales Encargados de Hacer Cumplir la Ley, adoptados por el Octavo Congreso de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento de los Delincuentes, La Habana, Cuba, del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990. La normativa *soft law* interpreta y especifica las condiciones de vida básicas en los centros penitenciarios en miras a orientar la solución de conflictos jurídicos derivados de la vulneración de derechos y las políticas públicas. Largo, Eliana, *op. cit.*, p. 63.

<sup>19</sup> V. a este respecto el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el caso "Montero Aráguena y otros vs. Venezuela", en donde dictó: "... el Estado se encuentra en una posición especial de garante frente a las personas privadas de libertad, toda vez que las autoridades penitenciarias ejercen un fuerte control o dominio sobre las personas que se encuentran sujetas a custodia".

libertad sobre otros derechos. En cuanto a los principios relativos a las condiciones de vida dentro de las prisiones, cobra especial importancia el deber de disponer de establecimientos penitenciarios con condiciones mínimas de habitabilidad (espacio suficiente, exposición a luz natural, ventilación y calefacción apropiadas), condiciones sanitarias y de higiene personal, vestuario y cama individual, alimentación nutritiva, acceso permanente a agua potable, condiciones para efectuar ejercicios físicos, servicios médicos y de salud, educación y actividades culturales y laborales y medidas contra el hacinamiento<sup>20</sup>. En lo que aquí interesa preferentemente, en el Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión<sup>21</sup> ("Conjunto de Principios") se consagran especialmente los derechos de acceso a la justicia y debido proceso respecto de las personas privadas de libertad. El Conjunto de Principios exige, en su artículo cuarto, que todas las medidas que afectan a los derechos humanos de las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión sean ordenadas por o queden sujetas a la fiscalización efectiva de un juez u otra autoridad. En cuanto al debido proceso, a partir del Conjunto de Principios y de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, la potestad disciplinaria administrativa encuentra límites en su actuación constituidos por los principios de tipicidad, publicidad, proporcionalidad, consagración de la prohibición de doble valoración o *ne bis in idem*, derecho de defensa y a presentar pruebas, derecho a ser juzgado en un plazo razonable y derecho al recurso<sup>22</sup>.

Para asegurar el cumplimiento de estos tratados y acuerdos, es preciso considerar que, a través de la Convención contra la Tortura y su

<sup>20</sup> LARGO, Eliana, *op. cit.*, p. 95.

<sup>21</sup> Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su res. 43/173, de 9 de diciembre de 1988.

<sup>22</sup> LARGO, Eliana, *op. cit.*, p. 115 y ss. La normativa internacional admite que la regulación tenga nivel reglamentario. Como ya se ha sostenido más arriba, resulta imperativo que la normativa penitenciaria ostente rango legal.

Protocolo Facultativo<sup>23</sup>, Chile asumió la obligación de crear o designar en el plazo de un año uno o varios mecanismos nacionales independientes para la prevención de la tortura<sup>24</sup>. Sin embargo, esta obligación permanece incumplida. A nivel exterior, la Convención instituye el Comité contra la Tortura, órgano integrado por un grupo de expertos y expertas independientes y que actúa como organismo internacional competente para conocer de denuncias individuales y supervisar el cumplimiento de la Convención, de modo que esta instancia proporciona una herramienta alternativa, distinta de los órganos nacionales, para el conocimiento y fallo de infracciones en el marco de la ejecución penitenciaria.

### III.b. La relación jurídica penitenciaria

Toda persona condenada por un delito que debe cumplir una pena de privación efectiva de libertad, luego de la imposición y determinación de la pena, pasa a integrar una relación de derecho público con el Estado<sup>25</sup>. En Chile, siguiendo la formulación alemana original, la relación jurídica entre el interno, en tanto *súbdito* sometido a un régimen de privación de libertad, y el Estado y su aparato administrativo ha sido tradicionalmente interpretada al modo de una *relación especial de sujeción*<sup>26</sup>. La principal

<sup>23</sup> Chile ratificó la Convención contra la Tortura en 1988 y su Protocolo Facultativo el año 2008.

<sup>24</sup> Art. 17 del Protocolo Facultativo a la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

<sup>25</sup> Así lo establece expresamente el art. 2 del Dto. 518 que aprueba el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios.

<sup>26</sup> Con mayor detalle, KENDALL, Stephen, *La tutela judicial efectiva en la relación jurídica penitenciaria*, Santiago, Librotecna, 2010, p. 23 y ss. "Relación especial de sujeción" es la traducción de *besondere Gewaltverhältnis*. Resulta llamativo que, *Gewalt* tenga dos significados posibles: 'fuerza, violencia o coacción' (en el sentido de *Zwang*) y 'autoridad o poder' (en el sentido de *Machtbefugnis*). De ahí que también se encuentren traducciones como "relación especial de supremacía de la autoridad" o "relación especial de poder". Esta última, por ejemplo, en Guzmán Dalbora, José Luis, *La pena y la extinción de la responsabilidad penal*, Santiago, Legal Publishing Chile, 2008, p. 188 y ss.

característica de una relación semejante consiste en que modifica (en el sentido de limitar) el estatus general de ciudadano<sup>27</sup>, estableciendo una dependencia acentuada en favor de un determinado fin de la administración pública<sup>28</sup>. Esta forma de entender la relación jurídica penitenciaria admite, por ejemplo, que la regulación jurídica de la actividad penitenciaria ostente rango infralegal, puesto que tal comprensión defiende la relativización del principio de legalidad o reserva legal de la administración<sup>29</sup>. Otra de sus consecuencias, como se verá, tiene directa relación con la forma de comprender el control o tutela judicial de la ejecución de las penas privativas de libertad.

Han existido esfuerzos por abandonar esta anacrónica concepción de la relación penitenciaria. Así por ejemplo, el mismo REP consagra en su declaración de principios que toda persona condenada a una pena privativa de libertad debe ver inalterada su *condición jurídica de ciudadano libre* – con excepción de aquellos derechos limitados inherentemente por la naturaleza de dicha pena –<sup>30</sup>. Incluso la jurisprudencia y la doctrina nacional demuestran la sana tendencia de abandonar la fórmula de la *especial relación de sujeción*.

Pese a estos intentos, la misma Constitución Política cierra la puerta a una comprensión renovada y ciudadana de la relación penitenciaria,

<sup>27</sup> Por todos, KENDALL, Stephen, *op. cit.*, p. 25.

<sup>28</sup> MARDONES, Felipe, "La doctrina de las relaciones de sujeción especial en la jurisprudencia", Documento de trabajo N° 1/2011, Defensoría Penal Pública, Unidad de Defensa Penitenciaria, 2011, p. 3.

<sup>29</sup> Ello es así porque en el contexto de la doctrina de las relaciones especiales de sujeción existen excepciones a la necesidad de contar con autorización legal explícita para que la administración pueda limitar derechos de la persona a ella sujeta, determinadas por la imprevisión en materia de prestaciones y por la maximización de la eficiencia administrativa. KENDALL, Stephen, *op. cit.*, p. 26.

<sup>30</sup> El art. 2 del REP (Dto. 518) reza: "Será principio rector de dicha actividad [penitenciaria] el antecedente que el interno se encuentra en una relación de derecho público con el Estado, de manera que fuera de los derechos perdidos o limitados por su detención, prisión preventiva o condena, su condición jurídica es idéntica a la de los ciudadanos libres".

al despojar derechamente de la ciudadanía a ciertos condenados<sup>31</sup>. La fórmula constitucional representa la primera y principal barrera a la concreción del auténtico reconocimiento de la condición ciudadana de la población penal<sup>32</sup>. La adhesión del sistema penitenciario a una visión del interno como un no-ciudadano (sujeto de manera especial al Estado y su administración) se ve confirmada también por la circunstancia de que la ejecución penitenciaria se encuentra en manos de una institución militarizada<sup>33</sup>, Gendarmería de Chile, cuyo principal norte es el mantenimiento del orden y la disciplina de los establecimientos penitenciarios. De este modo, dado el panorama normativo vigente, la comprensión decimonónica de la relación especial de sujeción aún no se abandona<sup>34</sup>.

Con todo, en una comprensión diversa de la relación especial de sujeción, cierto sector de la doctrina y jurisprudencia ha interpretado el vínculo entre Estado e interno bajo un matiz positivo, según el cual, producto de ese vínculo, el Estado se constituye en garante de las personas privadas de libertad<sup>35</sup>. En cualquier caso, con independencia de las etiquetas, la especialidad de la relación de derecho público entre el interno y el Estado se traduce en una particular indefensión del primero frente al segundo, sobre el que, por lo mismo, habrán de pesar deberes más intensos de protección. Uno de los principales de estos deberes es, como veremos, la tutela judicial efectiva de los derechos de los internos. En consecuencia, bajo una visión renovada de la relación jurídica entre

<sup>31</sup> El art. 17 de la Constitución señala: "La calidad de ciudadano se pierde: [...] 2° Por condena a pena aflictiva; y 3° Por condena por delitos que la ley califique como conducta terrorista y los relativos al tráfico de estupefacientes y que hubieren merecido, además, pena aflictiva". En Chile, por disposición del art. 37 del Código Penal, las penas privativas de libertad superiores a tres años se consideran aflictivas.

<sup>32</sup> FOUCAULT, Michel, *op. cit.*, p. 251 y ss. Mañalich, Juan Pablo, *op. cit.*, p. 17 y ss.

<sup>33</sup> KENDALL, Stephen, *op. cit.*, p. 41.

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 36. En 1972 se dio un giro jurisprudencial en Alemania cuando el Tribunal Constitucional alemán declaró que sería inconstitucional la privación de derechos fundamentales de la persona sobre la base de una norma de rango administrativo. *Ibidem*, p. 27 y ss.; Mardones, Felipe, *op. cit.*, p. 4 y ss.

<sup>35</sup> CORDERO, Eduardo, *op. cit.*, p. 84. Ver nota 17.

interno y Estado, el control judicial de la ejecución de la pena –y en especial de los actos de la administración penitenciaria– constituye uno de sus elementos indispensables.

### III.c. La administración de la actividad penitenciaria

La actividad penitenciaria en Chile está constituida, en palabras de Eduardo Cordero, por “el conjunto de actuaciones jurídicas y materiales vinculadas a las personas que integran la población penal, dando lugar a un régimen disciplinario, de beneficios y gestión que constituyen claramente una actuación administrativa”<sup>36</sup>. La ejecución penitenciaria se rige prevalentemente por normas del Derecho administrativo y en su mayor parte es llevada a cabo por Gendarmería de Chile<sup>37</sup>. En específico, de acuerdo a los artículos primero y tercero de su Ley Orgánica<sup>38</sup>, Gendarmería es un servicio público dependiente del Ministerio de Justicia que tiene a su cargo la dirección de todos los establecimientos penales del país, y debe velar tanto por la seguridad como por la atención, vigilancia y reinserción de las personas que por resolución de autoridades competentes fueran detenidas o privadas de libertad<sup>39</sup>. Se trata de un cuerpo jerarquizado, disciplinado, obediente y armado que permite reconocerlo como una institución de carácter militarizado<sup>40</sup>.

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 75.

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 75 y ss., para un mayor detalle respecto a la estructura administrativa en Chile. Gendarmería se rige por el Estatuto del Personal de Gendarmería (DFL 1.791 de 1980), supletoriamente por las normas del Estatuto Administrativo (Ley N° 18.834 de 1989) y la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (Ley N° 18.575 de 1986).

<sup>38</sup> Decreto Ley N° 2859 que fija la Ley Orgánica de Gendarmería de Chile, promulgado y publicado en septiembre de 1979 (en adelante, DL 2859).

<sup>39</sup> Art. 1, DL 2859.

<sup>40</sup> Art. 2, DL 2859. V. al respecto Valenzuela, Jonatan, *op. cit.*, p. 193 y ss. A diferencia de lo que sucede en otros países latinoamericanos, en Chile los gendarmes pueden usar armas. Art. 13, DL 2859. Históricamente, el primer antecedente del actual cuerpo de Gendarmería de Chile fue Gendarmería de Prisiones, cuya instauración

Pese a que el acento de la cultura institucional está puesto en la vigilancia y mantenimiento del orden y disciplina en el interior del establecimiento, a Gendarmería también se le encomienda contribuir a la reinserción social de los internos por medio de la ejecución de acciones tendientes a “eliminar su peligrosidad y lograr su reintegración al grupo social”<sup>41</sup>. Aquí resulta altamente llamativo que sean los mismos encargados de resguardar el orden, seguridad y disciplina de personas *peligrosas* (cuya peligrosidad debe ser *eliminada*) los que las atiendan, respeten y promuevan sus derechos y “contribuyan a su reinserción social”<sup>42</sup>. Como fue indicado, la cultura de abusos y malas prácticas de Gendarmería se corresponde también con una visión del interno como un no-ciudadano. Resulta necesario, entonces, promover una nueva cultura de Gendarmería que reconozca en el interno a un ciudadano cuyos derechos se encuentran amparados por la legislación<sup>43</sup>. Si bien en los últimos años se ha buscado la modernización de la institución (principalmente por medio de la ley 20.426 de modernización de Gendarmería), el énfasis

---

dada de 1911 y que tenía por uno de sus principales objetivos reemplazar a Carabineros de Chile (institución policial) en la vigilancia y mantenimiento del orden en los establecimientos penitenciarios. V. León, Marco Antonio, “Documentos para la historia de las prisiones en Chile en el siglo XX (1911-1965)”, en *Revista Chilena de Historia del Derecho*, n° 20, 2008, p. 382.

<sup>41</sup> Art. 3, f, DL 2859. Cabe destacar que esta norma fue introducida por la importante modificación que en marzo de 2010 fue introducida al DL 2859 por la Ley 20.426, que buscó modernizar y aumentar el estándar de calidad del trabajo de Gendarmería mediante un considerable aumento de personal y la readecuación de las normas de carrera funcionaria.

<sup>42</sup> Por cierto, esta se trata de una indicación general. Gendarmería tiene una organización compleja que contempla distintas secciones y funcionarios para el desempeño de diversas funciones.

<sup>43</sup> Centro de Derechos Humanos Universidad Diego Portales, *op. cit.*, pp. 121, 129 y ss. El informe considera vital para una adecuada reforma penitenciaria la renovación de la estructura de enseñanza y educación del personal de Gendarmería, especialmente en materia de los derechos de los internos (iniciativa que ha comenzado a ver algunos tímidos frutos en el presente año). Esto resulta fundamental toda vez que en la práctica es común advertir que los gendarmes muchas veces no conocen siquiera el REP.

en este punto resulta de la mayor importancia. Con todo, es necesario repensar las bases teóricas de un plan de modernización semejante.

Junto al Ministerio de Justicia y Gendarmería<sup>44</sup> existen otros entes administrativos que cumplen funciones más o menos específicas en el contexto de la actividad penitenciaria, principalmente el Alcaide (jefe del establecimiento penitenciario), a quien corresponde, entre otras labores, imponer sanciones disciplinarias a los internos y decidir sobre la concesión de permisos de salida y de visitas; el Consejo Técnico, órgano colegiado que asesora al Alcaide; el Tribunal de Conducta; y las Comisiones de beneficio de reducción de condena y de libertad condicional, que califican la conducta del interno en el establecimiento penitenciario en orden a determinar si cumple con lo necesario para la obtención de los *beneficios* de reducción de condena y libertad condicional, respectivamente<sup>45</sup>. Las resoluciones adoptadas por estos entes son, técnicamente, actos administrativos que, como se indica en lo que sigue, pueden ser objeto de control administrativo y judicial.

El régimen vigente en Chile, en la práctica, tolera que la administración penitenciaria goce de amplios poderes en la determinación de la intensidad y grado de la pena privativa de libertad, sin sujetarse a controles obligatorios y formales en sede jurisdiccional<sup>46</sup>. Podemos reconocer aquí una manifestación de la *declaración de independencia carcelaria*. Una correcta comprensión y utilización de los mecanismos de control de la actividad penitenciaria es indispensable para la tutela efectiva de los derechos de los reclusos. La administración ostenta el poder decisorio sobre casi la totalidad de los diferentes aspectos de la vida diaria de los

<sup>44</sup> En específico, cuerpo de gendarmes, Directores regionales y Director nacional.

<sup>45</sup> Respecto del detalle de su normativa y atribuciones, v. por todos Kendall, Stephen, *op. cit.*, p. 52 y ss. Sobre las modificaciones más recientes al régimen orgánico de libertad condicional, Morales, Ana María, "Redescubriendo la libertad condicional", en *Conceptos*, n° 30, Fundación Paz Ciudadana, 2013, disponible en: <http://www.pazciudadana.cl/wp-content/uploads/2013/08/conceptos-30-redescubriendo.pdf> [Consulta: 22 de diciembre de 2013].

<sup>46</sup> KENDALL, Stephen, *op. cit.*, p. 40.

internos, quienes quedan expuestos a un actuar discrecional y carente de control definido, lo que a su vez impide —o somete a la contingencia— la satisfacción de exigencias de respeto de sus derechos.

#### IV. El control de la actividad penitenciaria

La ejecución de la pena privativa de libertad en Chile se encuentra regida en concreto, entonces, por normas del Derecho administrativo. Los principales encargados de la administración penitenciaria (el Ministerio de Justicia y su servicio público dependiente, Gendarmería) forman parte de la Administración del Estado, y realizan sus actuaciones por medio de actos administrativos que, si bien gozan de una presunción de legalidad que autoriza a ejecutarlos de oficio y sin necesidad de un juicio declarativo previo, pueden ser impugnados por vía administrativa o jurisdiccional<sup>47</sup>. La actividad de los órganos administrativos en general está sometida a la Constitución y las leyes, y entre los principios específicos que debe observar, se encuentran el control y la impugnabilidad de los actos administrativos<sup>48</sup>.

En Chile, la inexistencia de una adecuada sistematización normativa en materia de ejecución penal influye fuertemente en la falta de claridad

<sup>47</sup> CORDERO, Eduardo, *op. cit.*, p. 79 y ss. Aquí Cordero termina definiendo al Derecho administrativo penitenciario como el "conjunto de normas y principios que rigen a los órganos que integran la Administración penitenciaria en su organización y relaciones internas, así como con las personas sometidas al régimen penitenciario o que integran la denominada relación jurídica penitenciaria" (*ibid.*, p. 80). Kendall, Stephen, *op. cit.*, p. 46 y ss. y p. 87 y ss.

<sup>48</sup> Arts. 2 y 3, inc. 2, de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, n° 18.575, art. 38, inc. 2, CPR. Para una enumeración del conjunto de principios que rigen al derecho administrativo nacional, v. Cordero, Eduardo, *op. cit.*, pp. 81-83. Para un aclaratorio análisis general de los principales mecanismos dispuestos en el ordenamiento jurídico chileno para impugnar los actos administrativos, v. Ferrada, Juan Carlos, "Los procesos administrativos en el Derecho chileno", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXVI, 1/2011, p. 252 y ss.

respecto del conjunto de mecanismos administrativos y jurisdiccionales de control de la actividad penitenciaria. Demostrativo de esta situación es la utilización impropia de las acciones constitucionales de amparo y protección, muy extendida en la práctica como vía de impugnación de los más variados actos administrativos penitenciarios. La falta de homogeneidad en la regulación se enmarca en el contexto de la ausencia de una jurisdicción contenciosa administrativa general en Chile, cuestión que, a su vez, también permite entender el contexto de la ausencia de un tribunal específico encargado de estas materias.

#### IV.a. El control administrativo de la actividad penitenciaria

La Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado N° 19.653 (LOCBGAE) y la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de la Administración del Estado N° 19.880 (LBPA) contemplan recursos administrativos que permiten la invalidación, revocación o modificación de las decisiones administrativas, para ser interpuestos ya sea ante el mismo órgano que dicta la resolución o ante su superior jerárquico<sup>49</sup>. A continuación, se analizan las vías administrativas de impugnación (o de "control administrativo interno")<sup>50</sup> respecto de las decisiones que se dictan en el marco de la actividad penitenciaria, para luego, en la sección siguiente, abordar el control judicial.

Es un principio básico de la regulación administrativa que todo acto administrativo sea impugnabile por medio de los recursos que establece la ley; de modo que la administración puede y debe invalidar, incluso de oficio, sus actos contrarios a derecho<sup>51</sup>. La tutela administrativa aplicable

<sup>49</sup> Para una clara explicación de los procedimientos administrativos de impugnación en Chile, v. Ferrada, Juan Carlos, *op. cit.*, p. 251 y ss.

<sup>50</sup> El control administrativo externo es el que lleva a cabo sobre los actos administrativos Contraloría General de la República.

<sup>51</sup> MORAGA, Claudio, *Notas al procedimiento administrativo y la doctrina chilena*, en Pantoja, Rolando (coord.), *Derecho Administrativo. 150 años de Doctrina*, Santiago,

en esta materia contempla los recursos de petición, reposición, jerárquico y de revisión<sup>52</sup>.

El recurso de petición es un medio administrativo de impugnación que se encuentra consagrado específicamente en el mismo REP. El inciso primero de su artículo noveno consagra el derecho a todo condenado a dirigirse a las "autoridades competentes" para formular quejas y peticiones a través de los recursos legales. El tenor literal de dicha disposición no distingue si las autoridades competentes son administrativas o judiciales, ni especifica el o los recursos legales que vehiculizan la reclamación. El inciso segundo del artículo noveno y el artículo 58 del mismo REP sí regulan algunas particularidades de la reclamación ante las autoridades penitenciarias. Concretamente, establecen que las peticiones que se efectúen ante el Alcaide deben manifestarse en forma individual, verbalmente o por escrito. Adicionalmente, esas disposiciones regulan muy someramente algunos aspectos del procedimiento: la respuesta del Alcaide puede ser verbal o escrita y será cursada y contestada, o al menos se informará del estado de tramitación, en un plazo máximo de 15 días corridos<sup>53</sup>. No es difícil advertir el carácter exiguo de la regulación y su inconveniencia para asegurar debidamente los derechos del interno<sup>54</sup>.

Editorial Jurídica, 2009, p. 368.

<sup>52</sup> En una comprensión más amplia del sistema de control jurisdiccional de la administración, Cordero incluye las acciones contenciosas administrativas generales de nulidad de los actos de la administración (conocida como nulidad de derecho público) y la acción de responsabilidad patrimonial del Estado. CORDERO, Eduardo, *op. cit.*, p. 87 y ss.

<sup>53</sup> Art. 58, REP y art. 19, n° 14, CPR; también es procedente la aplicación supletoria de la LOCBGAE.

<sup>54</sup> En este mismo sentido se pronuncia HORVITZ, María Inés, *op. cit.*, p. 591. V también, en específico respecto de su aplicación en materia de impugnación de resoluciones que deniegan, suspenden o revocan permisos de salida, Salinero, María Alicia, "Los permisos de salida en la legislación chilena", Informe en *Derecho en Defensoría Nacional*, Santiago, Centro de Estudios y Proyectos, 2007, p. 45 y ss., disponible en: <http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DaraBank/5265.pdf> [Consulta: 2 de diciembre de 2013]. El derecho de petición se encuentra consagrado también a nivel de tratados internacionales (v., p. ej., el art. 2, Pacto Internacional de Derechos

Por su parte, el recurso de reposición y el recurso jerárquico están consagrados de manera conjunta en la LOCBGAE y en la LBPA<sup>55</sup>, pero no se encuentran contemplados expresamente en el REP. El recurso de reposición debe interponerse dentro del plazo de cinco días ante el mismo órgano que dictó el acto que se impugna, mientras que podrá interponerse el recurso jerárquico en subsidio al recurso de reposición o directamente dentro del plazo de cinco días, ante el superior correspondiente para que este modifique o revoque el acto del subordinado<sup>56</sup>. Dada la estructura jerárquica de Gendarmería, el superior jerárquico del Alcaide es el Director Regional de Gendarmería, y de este, el Director Nacional, respecto de quien se agota la vía administrativa. Entonces el recurso jerárquico permitiría impugnar, por ejemplo, la resolución dictada por el Alcaide que suspende el derecho de visitas de un interno, ante el Director Regional, solicitando su modificación o inmediata revocación.

En último lugar, la LBPA contempla en su artículo 60 el recurso extraordinario de revisión administrativa. Este recurso debe interponerse en el plazo de un año respecto de resoluciones firmes cuando no hubiese habido debido emplazamiento, se hubiese dictado con manifiesto error de hecho determinante para la decisión, por existir documentos que no

---

Civiles y Políticos, la Regla 36 de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, el principio VIII de los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas). En la práctica, los canales institucionales de los internos para presentar solicitudes o reclamos son manifiestamente deficitarios. Si un recluso, por ejemplo, quisiera participar en un taller deportivo, no tiene una instancia destinada expresamente a recibir su solicitud; una vez realizada la solicitud –informalmente–, el interno carece de certeza sobre el plazo y el resultado de su petición; y una vez resuelta, no accede a la motivación de la decisión ni al escrito que la contiene. Por regla general, tampoco existen registros de las resoluciones ni las anotaciones correspondientes en el libro de novedades. Como se analiza en el apartado correspondiente, los reclusos tampoco cuentan con un canal institucional eficaz para realizar reclamaciones por vulneración de derechos.

<sup>55</sup> Arts. 10, LOCBGAE, 15 y 59, LBPA.

<sup>56</sup> Ambos recursos tienen naturaleza administrativa y no obstan en ningún caso a la interposición de las acciones jurisdiccionales que procedan (art. 9, LOCBGAE).

hubiesen sido incluidos y que fueran esenciales para la resolución del asunto, por concurrir prevaricación, cohecho u otra maquinación fraudulenta, y por haberse fundado la resolución en documentos o testimonios falsos. Dicho sea de paso, debe también considerarse a este respecto la posibilidad de revisión extraordinaria que realiza la Corte Suprema en sede jurisdiccional, en virtud de la competencia que le entrega la regulación procesal penal actual<sup>57</sup>. A través de esta acción, la Corte tiene competencia para revisar sentencias firmes en que se hubiera condenado a una persona por crimen o simple delito con el fin de anular aquellas sentencias dictadas erróneamente, privilegiando la verdad y la justicia por sobre la seguridad jurídica de la cosa juzgada<sup>58</sup>.

La literatura especializada nacional ha recalcado la insuficiencia de estos mecanismos administrativos para una tutela efectiva de los derechos del interno. Dada su posición institucional respecto del recluso, las actuaciones de la administración penitenciaria son ajenas a algunas exigencias del debido proceso. En efecto, la administración penitenciaria no constituye un órgano imparcial ajeno a todo interés en la decisión<sup>59</sup>, no decide sobre la base de un procedimiento previo ni legalmente tramitado ni se le exige una investigación racional y justa. En palabras de María Inés Horvitz, resulta altamente criticable que, “siendo la propia autoridad administrativa la que dicta [los] reglamentos, sea al mismo

<sup>57</sup> Libro Cuarto, título VII, párrafo III, del Código Procesal Penal.

<sup>58</sup> Sobre los problemas del tratamiento jurisprudencial que ha recibido el recurso de revisión en Chile, v. Fernández, José y Olavarría, Malva, “Teoría y práctica de la acción de revisión en el nuevo Código Procesal Penal, causal letra d) del art. 473”, en *Ius et Praxis*, año 15, n° 2, 2009, disponible en: <http://www.proyecto inocentes.cl/resources/upload/eb514788b3370f42982ff06fc04f7966.pdf> [Consulta: 22 de diciembre de 2013]. En Chile la Defensoría Penal Pública implementó el denominado “Proyecto Inocentes”, que entrega un espacio de reparación y reconocimiento a personas inocentes injustamente privadas de libertad. El sitio cuenta con la siguiente página web: <http://www.proyecto inocentes.cl/pag/23/357/introduccion> [Consulta: 22 de diciembre de 2013].

<sup>59</sup> KENDALL, Stephen, *op. cit.*, p. 74 y ss. Y esto es así pese al principio de imparcialidad que rige a la administración, consagrado en el art. 11 de la LBPA.



tiempo la que se encuentre encargada de aplicarlos y cumplirlos, dejándose esta materia entregada al autocontrol y vulnerándose el principio republicano de separación de los poderes"<sup>60</sup>.

Por otro lado, entre los internos no hay confianza en que sus reclamaciones sean atendidas, así como tampoco hay conocimiento de la existencia de estas vías de tutela de sus derechos. Por el contrario, los reclusos temen las represalias de la autoridad, ya sea que interpongan su reclamación directamente ante la administración como si acuden al respectivo superior jerárquico<sup>61</sup>. Cabe recordar que la autoridad administrativa controla la mayoría de los aspectos de la vida diaria de los reclusos, tales como la concesión de *beneficios*, la aplicación de medidas disciplinarias o la decisión de traslado hacia otros establecimientos penitenciarios; de modo que cualquier reclamo puede desencadenar represalias a través de la privación o restricción de beneficios o la imposición arbitraria de sanciones.

Una correcta formulación de los mecanismos de control e impugnación exige una alternativa procedimental jurisdiccional directa<sup>62</sup>. La relación jurídica penitenciaria, en su especificidad, es tan brutalmente asimétrica que configura un ámbito en donde no solo resulta

<sup>60</sup> HORVITZ, María Inés, *op. cit.*, p. 589.

<sup>61</sup> Al respecto, *vid.* el estudio empírico realizado hace algunos años en nuestro país por Jörg Alfred Stippel, sobre el grado de protección jurídica de las personas privadas de libertad frente a actos u omisiones abusivos o ilegales de la administración penitenciaria. Entre sus resultados el estudio arrojó que de los internos consultados sobre las razones por las cuales no presentaron alguna clase de reclamo ante la autoridad luego de haber sufrido alguna violación a sus derechos, el 33% señaló que no creía que un reclamo tendría un resultado positivo; el 31,6% contestó que no lo hacía por temor a represalias; y cerca del 25% respondió que no sabía cómo reclamar o que no sabía que existía tal posibilidad. Stippel, Jörg, *Las cárceles y la búsqueda de una política criminal para Chile*, Santiago, LOM, 2006, p. 190.

<sup>62</sup> En tanto sea necesario agotarlas previamente, los procedimientos administrativos que se dan con ocasión de la utilización de alguna de las vías de control administrativo aquí reseñadas constituyen más bien una dilación en la obtención de una tutela judicial efectiva y oportuna de los derechos de los reclusos. KENDALL, Stephen, *op. cit.*, p. 85 y ss.

imprescindible extender el control judicial que actualmente se dispensa a toda persona libre, sino que deviene fundamental garantizar un control amplio y estricto de los órganos administrativos encargados de la actividad penitenciaria, así como un mayor y mejor nivel de protección de los derechos de los internos<sup>63</sup>.

#### *IV.b. El control judicial de la actividad penitenciaria: autoridad competente*

El artículo 14, letra *f*, del Código Orgánico de Tribunales (COT) contempla un doble ámbito de competencia para el juez de garantía en materia de ejecución penal<sup>64</sup>: hacer ejecutar las condenas criminales y las medidas de seguridad y resolver las solicitudes y reclamos relativos a dicha ejecución, de conformidad con la ley procesal penal. La primera de estas funciones, hacer ejecutar las condenas, se encuentra regulada en el título VIII del libro IV del Código Procesal Penal (CPP; "Ejecución de las sentencias condenatorias y medidas de seguridad"). De los siete artículos que componen el título, solamente se dedica un inciso (el inc. 2 del art. 468) a la "ejecución de la sentencia penal" de la pena privativa de libertad, que regula escuetamente algunos pasos previos a la efectiva ejecución de la pena en el establecimiento penitenciario<sup>65</sup>.

<sup>63</sup> COUSO, Jaime y MERA, Jorge, *op. cit.*, p. 118; Kendall, Stephen, *op. cit.*, p. 77.

<sup>64</sup> En el proceso penal chileno intervienen dos órganos jurisdiccionales, el juez de garantía y el tribunal de juicio oral en lo penal. El primero se encarga de la protección de los derechos de los imputados, víctimas y testigos durante la etapa de investigación del proceso penal, así como de dictar sentencia en aquellos casos que no requieren de la intervención del tribunal oral en lo penal (por ejemplo, en caso de darse algunas "salidas alternativas" al proceso, como una suspensión condicional del procedimiento o un acuerdo reparatorio). Por su parte, el tribunal de juicio oral en lo penal es un órgano colegiado cuya función principal es conocer y fallar, en un juicio público y oral, dictando sentencia condenatoria o absolutoria respecto del imputado.

<sup>65</sup> "Cuando el condenado debiere cumplir pena privativa de libertad, el tribunal remitirá copia de la sentencia, con el atestado de hallarse firme, al establecimiento penitenciario correspondiente, dando orden de ingreso. Si el condenado estuviere en

La escasa regulación evidencia que en Chile la ejecución efectiva de la pena privativa de libertad es entendida como una actividad puramente administrativa. Por esta razón, se requiere adoptar una comprensión amplia de la competencia del juez de garantía, que considere dentro de sus atribuciones la facultad de supervisar las condiciones, naturaleza y duración de la pena, entre otras dimensiones de su ejecución<sup>66</sup>.

Al juez de garantía, entonces, le compete ejercer una función de control de la ejecución penal, actividad que tiene lugar durante la completa ejecución de la condena. Aunque la posibilidad de realizar solicitudes y reclamos ante el juez de garantía resulta la vía legal más específica para que el interno reclame la tutela de sus derechos, lo cierto es que esta vía de control dista de ser idónea. Basta advertir que la ley no especifica el medio de impugnación que debe utilizarse ni establece procedimiento general alguno aplicable para el adecuado ejercicio de esta competencia<sup>67</sup>. Los déficits descritos se enmarcan en el contexto de la falta de una institucionalidad jurisdiccional dedicada al control general de actos administrativos y, en particular, de una específicamente abocada a materias de ejecución penal. Como ya se anticipó, estas mismas razones permiten entender que las acciones de amparo y protección se hayan transformado en la vía más utilizada para impugnar actos administrativos penitenciarios, por sobre la vía jurisdiccional expresa que otorga competencia al juez de garantía. Con todo, resulta incontestable que actualmente en nuestro ordenamiento jurídico es el juez de garantía el órgano jurisdiccional llamado a ejercer la función de control de la ejecución de las penas<sup>68</sup>.

libertad, el tribunal ordenará inmediatamente su aprehensión y, una vez efectuada, procederá conforme a la regla anterior" (art. 468, inc. 2, CPP).

<sup>66</sup> SALINERO, María Alicia, *op. cit.*, p. 52.

<sup>67</sup> *Ibidem*; KENDALL, Stephen, *op. cit.*, p. 95 y ss.

<sup>68</sup> Hay varias voces a favor a la hora de considerar al juez de garantía como un verdadero juez de ejecución (v., p. ej., HORVITZ, María Inés, *op. cit.*, p. 204. STIPPEL, Jörg, *op. cit.*, p. 262 y ss.). Es interesante que en el proceso legislativo de confección del CPP, como se advierte en la historia del establecimiento de su actual art. 467, inicialmente se pretendía dejar la ejecución y supervisión provisoria de las condenas a los tribunales que las hubieran dictado, hasta que se establecieran tribunales

Al revisar los reclamos de los internos ante los actos administrativos formales y las actuaciones no formales de la administración penitenciaria, la actividad del juez de garantía constituye una verdadera forma de contencioso administrativo especial en la regulación nacional<sup>69</sup>.

Para una adecuada comprensión de la actividad del juez de garantía<sup>70</sup> resulta fundamental detenerse tanto en los actos formales e informales de la administración penitenciaria que pueden ser objeto de su control como en la forma en que dicho control debe realizarse.

#### IV.c. El control judicial de impugnaciones y reclamos frente a los actos de la administración de la actividad penitenciaria

En principio, la revisión jurisdiccional puede recaer sobre diversos actos en el contexto de la actividad penitenciaria. El juez de garantía

especializados de ejecución. V. la Historia de la Ley 19.696 que establece el Código Procesal Penal, Biblioteca del Congreso Nacional, 12 de octubre de 2000, pp. 37, 417, 545, 814 y 1595. En el primer informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia sobre el proyecto de ley que establece un nuevo Código de Procedimiento Penal, de enero de 1998, se instó a no confundir la actividad de ejecución de las condenas con el control que ha de ejercerse sobre ellas. En lo primero no se planteó cambio alguno, y se dejó a cargo de la administración. En lo que al control se refiere, dicho documento expresa que se prefiere esperar la creación de jueces especiales de ejecución (*ibid.*, p. 264). Estas anécdotas sirven para ilustrar que los problemas que se han apuntado en este trabajo sobre la regulación y práctica del control judicial de la actividad penitenciaria, como parte especial de la actividad general de ejecución de penas, se comprenden adecuadamente en el contexto nacional de una institucionalidad jurisdiccional (en general, contenciosa-administrativa; en específico, de ejecución penal) truncada. Pero en ningún caso, la explicación del contexto permitiría eludir que, bajo una interpretación sistemática de la normativa nacional, el juez de garantía detenta hoy, entre otras, las funciones que permiten caracterizarlo como un verdadero juez de ejecución.

<sup>69</sup> CORDERO, Eduardo, *op. cit.*, p. 91 y ss. Para un panorama del surgimiento y consolidación de los contenciosos administrativos generales en Chile, v. FERRADA, Juan Carlos, *op. cit.*, p. 265 y ss.

<sup>70</sup> O, en atención a su aquí ya recalada falta de utilización, de lo que podría ser esta actividad bajo su mejor comprensión.

constituye una autoridad competente ante la cual los internos pueden, en virtud de la disposición general del artículo 9, REP, formular reclamaciones y peticiones en defensa de sus derechos e intereses. Por tanto, a este tribunal corresponde conocer de todo acto que pueda afectar o afecte los derechos o intereses de los reclusos en los distintos establecimientos penitenciarios del país, ya sea vía reclamación de actos informales, impetrados con ocasión de la actividad penitenciaria, o vía impugnación de actos formales, adoptados previo procedimiento administrativo<sup>71</sup>. En otras palabras, el control judicial se extiende tanto al acto administrativo fruto de una potestad discrecional como al que nace bajo una potestad reglada<sup>72</sup>.

La potestad discrecional de la administración reviste particular importancia, toda vez que la relación penitenciaria –entendida como una relación especial de sujeción– constituye un espacio ideal para la proliferación de ámbitos de inmunidad e impunidad de la Administración. Con todo, la superación de la visión decimonónica de la relación penitenciaria como una relación especial de sujeción que tolera amplios poderes discrecionales de la Administración, exige reconocer que en materia penitenciaria el control judicial recae tanto sobre las potestades regladas como sobre el ejercicio de la potestad discrecional. Ello es acorde con la regulación general del control de la Administración del Estado que reconoce como principio general la impugnabilidad de sus actos.

<sup>71</sup> CORDERO, Eduardo, *op. cit.*, p. 92. Cordero admite la distinción entre impugnación y reclamo, dependiendo del objeto en que recae la revisión. Los actos formales admiten impugnación, mientras que los informales admiten reclamo.

<sup>72</sup> MARDONES, Felipe y SALINERO, María Alicia, "Traslados", Unidad de Defensa Penitenciaria, Documentos de Trabajo n° 2/2012, p. 7; CORDERO, Eduardo, *op. cit.*, p. 89 y ss. A diferencia de la potestad reglada, cuyos elementos están sometidos a la ley toda vez que se encuentran definidos legislativamente, la potestad discrecional entrega un mayor campo de acción a la Administración en tanto le es entregada la apreciación de todos o algunos de sus elementos, generándose distintas posibilidades válidas de actuación (*ibid.*, p. 90).

La forma en que ha de efectuarse el control de los actos administrativos formales<sup>73</sup> requiere determinar aquellos vicios susceptibles de ser objeto de revisión judicial. Resumidamente, estas causas de impugnación son la incompetencia e investidura irregular del órgano que dicta el acto, los vicios en el procedimiento y forma del acto, la ausencia o vicios en los fundamentos de hecho y de derecho de su dictación, la ilegalidad de la decisión o dictamen que contienen (su *objeto*), y la desviación de poder o desviación del fin público del acto<sup>74</sup>. A continuación, revisaremos los principales actos administrativos formales de la administración de la actividad penitenciaria que pueden ser objeto de control judicial, centrándonos principalmente en los vicios de los fundamentos de hecho y de derecho, la ilegalidad de la decisión y la desviación de poder o desviación del fin público del acto.

#### IV.c.1. Traslados y visitas

La regla general contenida en el artículo 53, REP, establece que los condenados permanecerán reclusos *preferentemente* cerca de su lugar habitual de residencia. La disposición tiene explícitamente por objeto resguardar el derecho a visitas del interno. A la luz de esta regla, resulta evidente que la disposición que ordena trasladar a un interno desde un establecimiento penitenciario a otro afecta directamente las posibilidades su círculo familiar y social para hacer uso del régimen de visitas, y,

<sup>73</sup> Previo procedimiento que resulte en la dictación de una resolución por parte del órgano o encargado competente

<sup>74</sup> Fundamental en la introducción de estas categorías en materia penitenciaria, CORDERO, Eduardo, *op. cit.*, p. 92 y ss. Este autor clasifica estas causas de impugnación en clave de las categorías del acto jurídico (vicios en los elementos subjetivos: competencia e investidura regular; en los elementos objetivos: motivos y objeto del acto; y en los elementos formales: procedimiento y forma de extensión del acto) (*ibid.*, p. 89). La explicación detallada de cada una de ellas excede los límites de este trabajo. Para un ejemplo de la aplicación de esta estructura de las formas de control al análisis de los traslados, v. MARDONES, Felipe y SALINERO, María Alicia, *op. cit.*, p. 16 y ss.

por tanto, el derecho del interno a ser visitado, razón por la cual hemos decidido tratarlos en conjunto.

Ordenar, conceder o denegar un traslado es una actividad que pertenece al ámbito de competencia de Gendarmería. En específico, el artículo 6, n° 12, de su ley Orgánica establece que el Director Nacional detenta la facultad de determinar los establecimientos en que los condenados cumplirán sus condenas y disponer traslados de acuerdo a la reglamentación vigente<sup>75</sup>. En la práctica, y utilizando la regulación a su favor, Gendarmería sostiene que el ejercicio de esta atribución no es susceptible de control jurisdiccional, debido a que estipular el establecimiento en donde cada interno cumplirá su pena pertenece al ejercicio de una potestad exclusiva. El argumento, por desgracia, ha sido acogido por nuestros tribunales superiores de justicia<sup>76</sup>. Muestra de ello es un Auto Acordado de la Corte Suprema<sup>77</sup>, que explícitamente instruye a los tribunales con competencia en lo penal a que, salvo casos excepcionales, se abstengan de disponer el ingreso de los imputados a establecimientos determinados, ya que dicha facultad es privativa de Gendarmería, cuyo único deber es informar al tribunal de su resolución.

El panorama jurisprudencial revela la confusión entre las facultades de ejecución de Gendarmería y las facultades de control por parte del juez de garantía. En efecto, Gendarmería es el órgano llamado por ley a disponer el ingreso de los condenados a un determinado centro

<sup>75</sup> Esta facultad es delegable en los Directores Regionales en casos de traslados cuyo fundamento es la preservación de la seguridad de los internos (art. 28, REP).

<sup>76</sup> V. MARDONES, Felipe y SALINERO, María Alicia, *op. cit.*, p. 4 con nota 6, para algunos ejemplos jurisprudenciales. Un ejemplo más actual es la sentencia que resuelve un recurso de amparo de la Corte de Apelaciones en causa rol n° 154-2013 de 5/2/2013. Para un reciente ejemplo de la argumentación de Gendarmería en estos casos, *vid.* la sentencia que resuelve un recurso de amparo de la Corte de Apelaciones de Talca, rol n° 42-2013 de 14/2/2013. Adicionalmente, esta jurisprudencia de reciente data ilustra sobre la amplia utilización (impropia en la mayoría de las ocasiones) de acciones constitucionales para la impugnación de este tipo de actos administrativos.

<sup>77</sup> Expediente administrativo n° 1.303, 14/12/2007.

penitenciario; recinto que debe cumplir, de acuerdo al estudio sistemático de las normas al respecto<sup>78</sup>, con ser el establecimiento más cercano al anterior lugar de residencia. La facultad de Gendarmería en ningún caso excluye el control judicial sobre los traslados (o sobre el primer ingreso de un condenado a un determinado establecimiento penitenciario)<sup>79</sup>. Esta posición cobra aún más fuerza al tratar conjuntamente los traslados con las visitas, en tanto el REP reconoce expresamente que la visita constituye un derecho del interno cuyo resguardo se vincula directamente a las posibilidades de traslado<sup>80</sup>.

En este sentido, para identificar el tipo de resolución (la decisión o el objeto del acto) sobre la que puede recaer la revisión jurisdiccional, es necesario distinguir entre traslados activos y pasivos, según si la medida es solicitada por el interno u ordenada de oficio por el órgano administrativo correspondiente, respectivamente. De este modo, el objeto de la revisión puede estar constituido tanto por la eventual ilegalidad de la orden de traslado, en los casos de traslado pasivo, como por resolución administrativa que deniegue el traslado solicitado, en los casos de traslado activo. Causas de impugnación serán, por ejemplo, la ausencia del fundamento de hecho que motive la orden de traslado o, como veremos más adelante, el uso del traslado como práctica constitutiva de castigo

<sup>78</sup> En conformidad con la reglamentación vigente y salvo las excepciones legales.

<sup>79</sup> V. MARDONES, Felipe y SALINERO, María Alicia, *op. cit.*, p. 7 y ss.

<sup>80</sup> Como ya vimos, el art. 53, REP: "En resguardo del derecho a visitas, los condenados deberán permanecer reclusos preferentemente cerca de su lugar de residencia". Preferentemente hace referencia a ciertas excepciones por razones de seguridad y también de salud. Lo primero es interesante, porque aquí estamos frente a un caso que ilustra una de las principales tensiones, de difícil resolución, que se vive en la actividad penitenciaria: la relación entre la seguridad, el orden y la disciplina dentro del recinto versus la *resocialización* del condenado o, en la versión aquí favorecida, la proporcionada y racional ejecución de la pena privativa de libertad. Para múltiples ejemplos en el contexto de la situación carcelaria norteamericana, v. COMFORT, Megan, *Doing time together. Love and family in the shadow of the prison*, Chicago, The University of Chicago Press, 2007, p. y 1 ss. Esta tensión, en lo que aquí interesa, vuelve particularmente difícil el control judicial sobre los elementos del acto administrativo en relación con su finalidad y fundamento.

disciplinario<sup>81</sup>. En efecto, la orden de traslado ha venido siendo impuesta a través de un procedimiento flexible y al margen de la ley, configurando una clara desviación de poder.

Así las cosas, aquí nos enfrentamos a la tensión entre las políticas de reinserción respecto del interno y los principios de seguridad, orden y disciplina dentro del establecimiento (*v. nota 78*). La tensión surge porque el traslado utilizado en pos de la disciplina impide *de facto* y vulnera el goce del derecho de visitas, que representa uno de los bastiones de la política de reinserción<sup>82</sup>. Para la resolución de esta tensión, concretada en las posibilidades de control jurisdiccional sobre los traslados, el juez debería tener presente diversos factores provenientes del examen sistemático de la regulación penitenciaria, tales como la etapa del proceso de reinserción social en que se encuentra el interno, las consecuencias beneficiosas o perjudiciales de la medida, la existencia de otras medidas menos gravosas para la solución del conflicto que motiva el traslado, el impacto en el goce de derechos (como el de visita) e, incluso, los costos de la prisionización secundaria<sup>83</sup>.

En cuanto al sistema de visitas, este se encuentra regulado por el REP en el párrafo sexto de su título tercero. El régimen ordinario contempla al menos una visita a la semana, por un lapso mínimo de dos horas cada vez, en los días, horas y recintos determinados por el Alcaide<sup>84</sup>. En cuanto a sus limitaciones, el artículo 56, REP, señala que las visitas tendrán como restricciones las "impuestas por razones de seguridad y de buen orden del establecimiento". Por tanto, y de acuerdo a lo ya señalado,

<sup>81</sup> CORDERO, Eduardo, *op. cit.*, p. 100.

<sup>82</sup> MARDONES, Felipe y SALINERO, María Alicia, *op. cit.*, p. y 19 ss.

<sup>83</sup> *Ibidem*, p. 20 y ss., para otros criterios a tener en consideración. Ya Freudenthal, figura emblemática contraria a la concepción decimonónica de la relación especial de sujeción y a la postura general del preso como no-ciudadano, manifestaba su preocupación por la necesidad de eliminar todo efecto perjudicial para terceros inocentes que conllevaría la pena privativa de libertad, como por ejemplo, la familia del interno. V. GUZMÁN DALBORA, José Luis, *La pena y la extinción...*, *op. cit.*, p. 189.

<sup>84</sup> Arts. 49 y 54, REP.

la resolución del Alcaide, refrendada por el Director Regional respectivo, que suspenda o limite temporalmente las visitas, o deniegue el ingreso de una persona en particular, es susceptible de control judicial por parte del juez de garantía. Tal como en el caso de los traslados, de presentarse alguna ilegalidad o disconformidad con los aspectos formales establecidos por la regulación de las visitas, el juez podría declarar la nulidad de la resolución<sup>85</sup>.

#### IV.c.2. Permisos de salida

Junto con las visitas, el acceso al régimen de permisos constituye el referente principal que orienta el tratamiento penitenciario en Chile<sup>86</sup>. El REP establece, en su artículo 96 y siguientes, que los permisos de salida constituyen *beneficios* que forman parte de las actividades de reinserción social y confieren gradualmente a los reclusos mayores espacios de libertad. Los así llamados *beneficios penitenciarios* se rigen por el principio de progresión, en virtud del cual el privado de libertad debe abandonar de modo gradual el recinto penitenciario por períodos acotados de tiempo hasta la definitiva reinserción en el medio libre<sup>87</sup>. En concreto,

<sup>85</sup> No obstante, y como ya fue indicado, en la práctica se recurre a las acciones constitucionales para la impugnación de actos administrativos. *Vid.* la sentencia favorable de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, rol n° 1514-2012 de 21/11/2012 para un ejemplo de la jurisprudencia reciente en que, nuevamente, se utilizó la vía de una acción constitucional (de protección en este caso) para impugnar la decisión de Gendarmería de no autorizar el ingreso de una madre que visitaba a su hijo, por la mera sospecha de que ella le pasaría un teléfono celular. Dispar suerte corrió la madre que interpuso un recurso de amparo a favor de su hijo interno para que no lo trasladaran y así no se viera vulnerado su derecho de visita, en causa conocida por la Corte de Apelaciones de San Miguel, rol n° 53-2012 de 2/2/2012. El recurso fue desestimado básicamente porque no se utilizó la vía legal idónea para impugnar la orden de traslado.

<sup>86</sup> Por todos, CARNEVALI, Raúl y MALDONADO, Francisco, *op. cit.*

<sup>87</sup> Resulta llamativa la normalización de la denominación de estas medidas como *beneficios*. Una nomenclatura semejante es mucho más acorde a una visión del interno como una persona privada de importantes derechos más allá de la sola

los beneficios consisten en salida esporádica, salida dominical, permiso de salida de fin de semana y salida controlada al medio libre con fines específicos (laborales, educacionales, terapéuticos y similares)<sup>88</sup>.

Como indica la doctrina nacional, la decisión sobre su otorgamiento depende en términos generales de la facultad discrecional de la autoridad administrativa<sup>89</sup>. A pesar de concurrir los requisitos objetivos para conceder el beneficio (como cierto plazo de cumplimiento efectivo de pena, por ejemplo), el jefe del establecimiento penitenciario puede y debe incluir en su decisión cualquier factor sobre la presumible *confiabilidad* del condenado<sup>90</sup>, circunstancia que expone al recluso al arbitrio de la autoridad. Sobre este punto, si bien es cierto que debe existir un margen de discreción que permita la evaluación flexible de las características del recluso —con el eventual análisis acerca de la contribución de la medida a su proceso de reinserción—, es igualmente cierto que en ausencia de control se vuelve sumamente difícil verificar la legalidad de la decisión. A ello se agrega que en esta materia la autoridad administrativa penitenciaria no acostumbra actuar en conformidad con los principios de transparencia y fundamentación, de modo que acceder a la motivación de la resolución resulta casi impracticable<sup>91</sup>. Por lo demás, una decisión administrativa

libertad ambulatoria o, en definitiva, como un no-ciudadano. El reconocimiento de pequeñas parcelas de libertad u otros derechos para el recluso parecen, entonces, verdaderos beneficios o privilegios para alguien que, en principio, *no se los merece*. Toda la cultura que rodea la cárcel parece adoptar un punto de vista como este, y no solamente en nuestro país. La siguiente es la visión de una mujer norteamericana respecto de las visitas: "I understand that I'm in a state penitentiary, and I understand that by the law it is a privilege, not a right, that I visit my husband. And with that in mind there are certain guidelines that I have to follow. I have to dress a certain way, I have to conduct myself in a certain manner. And I'm willing to do that". COMFORT, Megan, *op. cit.*, p. 59.

<sup>88</sup> Por todos, SALINERO, María Alicia, *op. cit.*

<sup>89</sup> CARNEVALI, Raúl y MALDONADO, Francisco, *op. cit.*, p. 135.

<sup>90</sup> Art. 109, REP.

<sup>91</sup> El hermetismo en el funcionamiento de las prisiones es considerado un problema estructural en todo sistema carcelario. Al respecto, v. CENTRO DE DERECHOS

a este nivel puede comprometer el propósito de reinserción social. Vale decir, dado que la reinserción social requiere una progresiva adecuación a la vida fuera de la prisión y dado que los permisos de salida constituyen la única aproximación al medio libre durante el período de encierro, la denegación de uno o más permisos impide que el proceso de reinserción se desarrolle adecuadamente. Si la denegación es sistemática, pueden presentarse casos de condenados que, luego de haber dado cumplimiento íntegro y efectivo a la pena impuesta, han estado por años distanciados de la realidad del medio libre<sup>92</sup>.

En consecuencia, la resolución administrativa que deniega, revoca o limita uno o más permisos de salida puede ser objeto de control judicial por parte del juez, si es que ella, por ejemplo, no ha tomado en cuenta los aspectos reglados de la concesión de permisos o si la denegación constituye un castigo disciplinario informal contrario a la normativa reglamentaria.

#### IV.c.3. Libertad condicional

En Chile la libertad condicional<sup>93</sup> es entendida como la excarcelación anticipada del condenado privado de libertad, quien continua

HUMANOS UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES, *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2007. Hechos 2006*, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, 2007, p. 52, disponible en: <http://www.derechoshumanos.udp.cl/archivo/informe-anual> [Consulta: 8 de diciembre de 2013]. A similares conclusiones llegan SEPÚLVEDA, E. y SEPÚLVEDA, P., "A 83 años del establecimiento de la libertad condicional en Chile: ¿un beneficio desaprovechado?", en *Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciarios*, n° 13, Gendarmería de Chile, 2008, disponible en: <http://html.gendarmeria.gob.cl/doc/reinsercion/Revista17/Articulo23.pdf> [Consulta: 20 de diciembre de 2013].

<sup>92</sup> SALINERO, María Alicia, *op. cit.*, p. 18.

<sup>93</sup> La libertad condicional se encuentra regulada por el Decreto Ley 321, de 1932, y su reglamento Decreto 2442, de 1926, del Ministerio de Justicia. Las modificaciones más recientes fueron efectuadas en 2012 por la ley 20.587 y en 2013 por la ley 20.685.

cumpliendo la pena en el medio libre durante el tiempo que le resta por cumplir. El liberado es sometido a un conjunto de condiciones que, de ser incumplidas, determinan su reingreso a la cárcel<sup>94</sup>.

Toda concesión de libertad condicional es otorgada por la Comisión de libertad condicional, instancia que se encuentra integrada por los funcionarios que constituyen la visita judicial de cárceles y magistrados designados especialmente al efecto (provenientes de juzgados de garantía o de tribunales orales en lo penal). La nómina de internos respecto de quienes la Comisión adopta su decisión es elaborada por el Tribunal de Conducta con el asenso del Alcaide. Ni la ley ni el reglamento contemplan la facultad del interesado para comparecer ante el Tribunal de Conducta del establecimiento —que lo propone como candidato al beneficio—, presentar antecedentes, conocer o impugnar las anotaciones de su libro de vida o las listas de postulación. Tampoco se contempla que el interno sea oído por la Comisión de libertad condicional —que resuelve la solicitud—, ya sea para acompañar antecedentes, entrevistarse personalmente con los miembros de la comisión, impugnar la decisión o acceder a su fundamento. Así entonces, en el sistema de libertad condicional los internos carecen de información y oportunidad de intervención a nivel administrativo interno.

Las posibilidades de impugnar el fallo de la Comisión remiten al debate sobre la naturaleza de la libertad condicional. De manera predominante, en tribunales se ha entendido que la libertad condicional constituye un acto potestativo y discrecional del órgano que la concede. Desde esta comprensión, la jurisprudencia en general no ha impuesto exigencia alguna de fundar la decisión en conformidad con los requisitos legales<sup>95</sup>. Sin embargo y de manera incipiente, los tribunales superiores han empezado a concebir a la libertad condicional como un derecho subjetivo, de modo que la Comisión se encuentra en el deber de emitir

una decisión fundada<sup>96</sup>. Asimismo, y en esto coincidimos con Ana María Morales, las Comisiones debiesen ceñirse a los requisitos reglamentarios —a los aspectos reglados de la potestad— sin introducir consideraciones adicionales sobre, por ejemplo, la naturaleza del delito por el que se condenó y su forma comisiva. Solo de este modo el análisis queda circunscrito íntegramente al proceso de reinserción social del interno e instala la idea de que las facultades discrecionales de la Comisión encuentran un límite en los márgenes impuestos por la normativa correspondiente. Esta comprensión respalda que las resoluciones sobre libertad condicional son susceptibles de control judicial de su legalidad.

Por último, bajo la legislación vigente, el juez de garantía puede ejercer su facultad de revisar los dictámenes que califican a un interno como merecedor o no del otorgamiento de la libertad condicional, ya que el informe de calificación o de idoneidad admite ser objeto de control judicial en la medida que afecta —directa o indirectamente— intereses del interno<sup>97</sup>.

<sup>96</sup> Así por ejemplo, sienta precedente el fallo de la Corte Suprema en causa rol n° 612-2008, acogiendo el recurso de protección contra la resolución que deniega la concesión de libertad condicional y señalando que, cuando al recurrente le es denegada la libertad condicional sin ninguna explicación, "sobrado motivo tiene para estimar que ha sido víctima de una arbitrariedad que afecta su derecho constitucional de igualdad ante la ley y que es necesario reparar" (Considerando octavo). Es posible acceder al cuerpo del fallo en <http://www.lanacion.cl/noticias/site/artic/20080402/asocfile/20080402122730/lavandero.pdf> [Consulta: el 22 de diciembre de 2013]. En otros casos, Corte Suprema en causa rol n° 2941-2013, donde la Corte acoge el amparo contra la resolución de la Comisión de libertad condicional que revocó el beneficio; en el mismo sentido, la resolución de Corte de Apelaciones de San Miguel en causa rol n° 84-2013 y Corte de Apelaciones de Iquique en causa rol n° 114-2012.

<sup>97</sup> Otro interesante debate se funda en la discusión sobre la naturaleza jurídica de la Comisión misma como órgano público. Si las Comisiones de libertad condicional son entendidas como órganos administrativos, sus resoluciones también podrían ser objeto de control administrativo interno (por medio de recursos como el de reposición o jerárquico) y externo. Por el contrario, si las Comisiones de libertad condicional constituyen un órgano jurisdiccional, procedería la interposición de recursos de amparo o protección en contra de su resolución y las facultades de control del juez

<sup>94</sup> SEPÚLVEDA, E. y SEPÚLVEDA, P., *op. cit.*

<sup>95</sup> Con claridad, MORALES, Ana María, *op. cit.*, p. 4 y ss.

#### IV.c.4. Sanciones disciplinarias

En su inmediata relativización del principio de legalidad en la ejecución de la pena, los incisos segundo y tercero del artículo 80, CP, delegan en reglamentos especiales la regulación específica de los *castigos disciplinarios*. En concreto, el REP en su título cuarto establece el régimen disciplinario por adoptar dentro de los recintos. Entre los aspectos regulados se cuenta una tipificación y clasificación de las faltas disciplinarias según su gravedad, los tipos de sanciones o medidas por aplicar sobre cada una de ellas así como, someramente, su procedimiento, y la determinación del ente administrativo encargado de aplicarlas (el Alcaide, jefe del establecimiento en donde se encuentra el interno).

Si bien no es materia de este trabajo tratar exhaustivamente y zanjar la discusión sobre las múltiples aristas que presenta el régimen disciplinario dentro de las cárceles, debemos llamar la atención sobre la falta de claridad que existe sobre, por ejemplo, la naturaleza de la sanción disciplinaria penitenciaria. En el entendido de que la imposición y ejecución de una sanción disciplinaria constituye una potestad administrativa pública, cuyo ejercicio queda a cargo de entes administrativos, entonces, al menos procesalmente, la imposición de tales sanciones pareciera enmarcarse dentro del Derecho administrativo sancionador<sup>98</sup>. El artículo 20 del CP

---

de garantía serían puestas en duda. Sobre el punto, MORALES, Ana María, *op. cit.*, p. 13. La autora, quien levanta el punto al respecto, argumenta que desde una visión armónica de la legislación, las Comisiones ostentan una naturaleza administrativa. En el mismo sentido parece inclinarse Stephen Kendall (*op. cit.*, p. 65). Sin embargo, y en esto coincidimos con la autora, las reformas en el ámbito penitenciario debiesen introducir un órgano y un proceso recursivo jurisdiccionales, en orden a instalar una lógica imparcial, contradictoria y garantista en materia de ejecución penal.

<sup>98</sup> Las preguntas que aquí surgen son múltiples y van desde las más generales – como la relación que existe entre las sanciones administrativas, las penas y, en especial, las medidas de seguridad – a las más específicas, como por ejemplo, si la sanción disciplinaria penitenciaria se trata de una sanción administrativa gubernativa o disciplinaria *stricto sensu*, cuya respuesta dependerá de cómo se conciba la relación jurídica penitenciaria y la posición del interno frente a la Administración. Para la relación entre las sanciones administrativas y penales en la discusión chilena, v. por todos,

incluye a las sanciones disciplinarias entre aquellas sanciones que “no se reputan penas”. Pero, tal como se mencionó (nota 96), ni siquiera queda claro si una sanción penitenciaria – y para el análisis resulta necesario estudiarlas por separado – debe ser entendida al modo de una sanción administrativa disciplinaria de las que alude el artículo 20 del CP, o derechamente como una especie de medida de seguridad, o como algún otro tipo de sanción administrativa.

Con independencia de la alternativa teórica que se adopte, la doctrina coincide en la necesidad de asegurar la posibilidad de que toda medida o sanción administrativa sea susceptible de revisión judicial para evitar abusos por parte de la Administración y otorgar tutela judicial efectiva a quienes vean afectados sus derechos<sup>99</sup>. Resulta razonable que el poder disciplinario recaiga en la autoridad de cada establecimiento penitenciario, encargada del resguardo del orden y seguridad interiores, pero ello en nada obsta a que se exijan garantías formales y materiales del ejercicio y su control externo por parte de autoridades judiciales competentes, que en nuestro caso es el juez de garantía<sup>100</sup>.

Así las cosas, el principal acto administrativo que debe ser controlado en materia de régimen disciplinario es la resolución del Alcaide

---

HERNÁNDEZ, Héctor, “Comentario al artículo 20”, en COUSO, Jaime y HERNÁNDEZ, Héctor (dirs.), *Código Penal Comentado*, Santiago, Legal Publishing Chile/Universidad Diego Portales, 2011, p. 445 y ss. La teoría actualmente mayoritaria en Chile, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, es aquella que afirma que la diferencia entre pena y sanción administrativa es meramente cuantitativa, en tanto ambas serían expresiones del *ius puniendi* estatal (*ibid.*, p. 447). Ello es relevante para afirmar la extensión del bloque de garantías del Derecho penal al Derecho administrativo sancionador.

<sup>99</sup> El principal defensor de la “tesis cuantitativa” en la relación entre penas y sanciones administrativas, siguiendo a Bajo Fernández, se muestra explícitamente a favor de esto: CURY, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, 8a ed., Pontificia Universidad Católica de Chile, 2005, p. 111.

<sup>100</sup> *Informe anual sobre derechos humanos* del Centro de Derechos Humanos Universidad Diego Portales (“Sistema penitenciario y derechos humanos”, en *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2011*, Santiago, Universidad Diego Portales, 2011, p. 119).



por medio de la cual, luego de tener a la vista los respectivos partes e informes de funcionarios de Gendarmería y las declaraciones pertinentes, aplica una sanción a un interno que ha cometido una o más de las faltas descritas en el REP<sup>101</sup>. Entonces, podría impugnarse ante el juez competente, por ejemplo, una resolución que aplicara una sanción más grave que lo que corresponde según la gravedad de la falta cometida<sup>102</sup>. También podría impugnarse el acto por adolecer de algún defecto de procedimiento, como la omisión de notificación personal de la medida al interno y sus fundamentos. De la misma manera, puede ser objeto de control judicial una resolución que aplica una sanción o medida disciplinaria no prevista expresamente en el reglamento como tal<sup>103</sup>. Como ya hemos mencionado, se puede utilizar impropiamente otro tipo de acto para aplicar una sanción *de facto* sobre el interno. La orden de un traslado pasivo o la denegación de un traslado activo, por ejemplo, pueden constituir una forma ilegal de reprender a un recluso por parte de la administración penitenciaria, en un claro acto de desviación del fin público de la respectiva institución o de desviación de poder.

Por cierto, si bien la constatación de las posibilidades de control jurisdiccional que hemos revisado en este apartado son las que, de una

<sup>101</sup> Por supuesto, no es el único. Antes de que el expediente disciplinario llegue a manos del Alcaide, pasa por controles previos por parte de distintos funcionarios de Gendarmería. Los jefes de turno, por ejemplo, tienen facultades de archivar el expediente e incluso decretar el aislamiento o incomunicación provisorios como "medida cautelar" por un plazo máximo de 24 horas en caso de faltas graves (art. 84, REP). Las posibilidades de abuso, por ejemplo en la construcción misma del expediente, son manifiestas. Muchas veces los internos aceptan castigos informales, casos en los cuales no queda registro y el expediente nunca llega al jefe del establecimiento. Por supuesto, actuaciones excesivas que no constituyen formal y técnicamente actos administrativos también deberían poder ser controladas o revisadas por los tribunales de justicia y, en particular, por el juez de garantía.

<sup>102</sup> Para resaltar la importancia de esta posibilidad de impugnación, baste apuntar que en la práctica —y en contra de las más actuales tendencias del Derecho internacional en la materia— de todo el catálogo de sanciones, la regla general es la aplicación de la más grave: el aislamiento o internación en celda solitaria.

<sup>103</sup> Lo que vulnera el art. 90, REP.

lectura sistemática, otorga la regulación vigente, no existe correspondencia con nuestra práctica judicial mayoritaria en materia penitenciaria. Asimismo y progresivamente, las alternativas de control del juez de garantía se han ido abriendo paso en los terrenos académico y práctico, principalmente por medio de informes en derecho de la Defensoría Penal Pública y, en especial, de su Unidad de Defensa Penitenciaria. Próximas investigaciones sobre el estudio del control judicial de los actos que vulneran derechos e intereses del recluso en la ejecución de la pena privativa de libertad en Chile debieran distinguir no solamente entre la realidad regulativa existente y el modelo regulativo de *lege ferenda*, sino también tener especial cuidado de lo que acontece (o, más bien, de lo que no acontece) en la práctica judicial chilena. Ahora bien, teniendo el panorama de las posibilidades de control judicial, queda por revisar cuáles son los mecanismos de impugnación y las instancias procesales por medio de los cuales se puede acceder a los jueces competentes, principalmente el de garantía, para la obtención de la tutela efectiva de los derechos de los privados de libertad.

#### IV.d. El control judicial por medio de acciones constitucionales

Las vías constitucionales vigentes en Chile para la tutela de derechos fundamentales de particulares son los recursos o acciones de protección y de amparo. El recurso de protección constituye una acción de urgencia para reclamar respecto de actos u omisiones arbitrarios o ilegales que atenten contra derechos fundamentales específicos, tales como la igualdad ante la ley, la integridad personal y el derecho de propiedad. Por su parte, el recurso de amparo tiene por objeto reclamar ante la Corte de Apelaciones respectiva sobre cualquier privación o perturbación al derecho a la libertad personal y seguridad individual<sup>104</sup>.

Históricamente, en Chile la acción constitucional de protección, y en menor medida la de amparo, constituyeron un paliativo frente a la

<sup>104</sup> Arts. 20 y 21, CPR.

inexistencia de una jurisdicción contenciosa administrativa general<sup>105</sup>. El procedimiento de protección en particular prácticamente se ha transformado en una vía ordinaria de control de legalidad de la actuación administrativa, puesto que ha suplido la inexistencia de un procedimiento general de protección jurisdiccional de los particulares frente a actuaciones de la Administración.<sup>106</sup> Analizado en términos generales, el procedimiento de protección no cuenta como un medio dogmáticamente idóneo de control de la actividad administrativa, ya que no todas las actuaciones ilegales de los órganos de la Administración caen bajo sus supuestos<sup>107</sup>.

Si esta es la situación nacional general en materia contenciosa administrativa, las mismas consideraciones se reproducen respecto a la actividad penitenciaria. Como ya hemos anticipado, no obstante el reconocimiento de las posibilidades de control del juez de garantía, en Chile no existen recursos judiciales específicos destinados a impugnar una resolución dictada por la administración penitenciaria<sup>108</sup>. Con todo, es un hecho que la protección y el amparo se han transformado en mecanismos de impugnación de actos administrativos penitenciarios de extendida utilización. La doctrina en general, por ejemplo, admite la posibilidad de interponer la acción de protección cuando se deniegue o revoque un beneficio penitenciario si es que ello importa, a su vez, la vulneración de alguno de los derechos fundamentales incorporados en el catálogo de derechos especialmente protegidos. En cuanto al amparo, tanto la doctrina como la jurisprudencia han entendido que la forma de concreción de la pena privativa de libertad se encuentra sujeta a control de legalidad, admitiendo amparos interpuestos con el objeto de restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del recluso. También sería procedente

el recurso de amparo en caso de denegarse un beneficio penitenciario (una salida dominical, por ejemplo), ya que la denegación, suspensión o revocación abusiva o irracional de un permiso privaría al condenado del ejercicio legítimo de su libertad<sup>109</sup>.

Pero nuevamente, los recursos de amparo y protección no constituyen mecanismos judiciales específicos y eficientes para poder hacer valer las responsabilidades por abusos de la administración en materia penitenciaria. El mayor y más detallado estudio en Chile sobre la materia fue realizado por el abogado alemán Jörg Stippel, quien es enfático al respecto<sup>110</sup>. Stippel enumera, entre las principales deficiencias de las acciones constitucionales en Chile, su tramitación escrita (que margina a los presos analfabetos o con educación básica), la dificultad de los internos para acceder al expediente e intervenir en la tramitación, la omisión del derecho del interno a ser oído y la necesidad de defensa letrada<sup>111</sup>. A lo anterior se suma la recurrente imposición al interno de la carga de la prueba, incluso cuando sus condiciones le impiden manifiestamente la producción de prueba y la recopilación de evidencia sobre los malos

<sup>109</sup> *Ibidem*, p. 49. Sobre el respaldo de esta tesis en la jurisprudencia, a modo ejemplar: Rol N° 56-2000 interpuesto ante la Corte de Apelaciones de Concepción y Rol N° 30.782-2004 interpuesto ante la Corte de Apelaciones de Santiago.

<sup>110</sup> En su investigación, Stippel descubre que, al menos hasta la fecha del estudio, el recurso de amparo presenta mayor interposición que el recurso de protección y atribuye la cifra a sus mayores ventajas procedimentales (examen de admisibilidad menos estricto, ausencia de plazo, agilidad y eficiencia de la tramitación). Los derechos que se reclaman vulnerados a través del recurso de protección son principalmente derecho a la vida y a la integridad física y psíquica, igualdad ante la ley y respeto a la protección de la vida privada, mientras que el recurso de amparo se restringe a la libertad personal y la seguridad individual. En cuanto a las circunstancias de hecho que son objeto de los recursos, estas corresponden fundamentalmente a apremios ilegítimos, ausencia de atención médica, amenazas de otros internos, reclamo por no otorgamiento de beneficios penitenciarios o libertad condicional, sanciones injustificadas, condiciones inhumanas de encierro y denegación o impugnación de traslado, entre otros. Aunque la mayor parte de los recursos son declarados admisibles según el estudio, el proceso culmina con un rechazo mayoritario. STIPPEL, Jörg, *op. cit.*, p. 197 y ss.

<sup>111</sup> *Ibidem*, pp. 196-197.

<sup>105</sup> CORDERO, Eduardo, *op. cit.*, p. 87.

<sup>106</sup> FERRADA, Juan Carlos; BORDALÍ, Andrés y CAZOR, Karmel, "El recurso de protección como mecanismo de control jurisdiccional ordinario de los actos administrativos: una respuesta inapropiada a un problema jurídico complejo", en *Revista de Derecho* (Valdivia) XIV, 2003, p. 69 y ss.

<sup>107</sup> *Ibidem*, p. 79 y ss.

<sup>108</sup> Por todos, SALINERO, María Alicia, *op. cit.*, p. 47.

tratos de los que es objeto, cuestión que *de facto* asegura la impunidad de la administración<sup>112</sup>. Además, la vía del recurso de amparo o protección tiene en su contra una práctica judicial que en nada favorece a los presos. Los jueces de los tribunales superiores de justicia no adoptan providencias que restablezcan el imperio del derecho ni utilizan la amplia gama de actividades que podrían utilizar en su resguardo (como instituir audiencias o apersonarse en las cárceles para conocer y controlar las condiciones de vida de los reclusos)<sup>113</sup>. Por último, también es necesario considerar el estatus de la normativa que regula las acciones constitucionales<sup>114</sup>. Los recursos de amparo y protección son regulados a través de autos acordados<sup>115</sup>, los cuales constituyen normas procesales administrativas dictadas por la Corte Suprema en razón de su potestad normativa de naturaleza reglamentaria<sup>116</sup>. En la práctica, los autos acordados han obstaculizado la tramitación de estos recursos constitucionales a través de restricciones en plazos y formalidades, de manera que finalmente restringen los derechos fundamentales que supuestamente resguardan<sup>117</sup>.

<sup>112</sup> En el caso "Assenov c/Bulgaria", la Corte Europea de Derechos Humanos ha establecido que el derecho a tutela judicial efectiva, ante la interposición de una denuncia plausible por malos tratos infligidos por agentes del Estado, exige contar con una investigación suficiente y efectiva que procure identificar y castigar a los responsables. Para mayores detalles sobre el caso, *vid.* el recurso electrónico <http://www.errc.org/cikk.php?cikk=3856> [Consulta: 18 de diciembre de 2013].

<sup>113</sup> En ambos casos, la Corte de Apelaciones tiene la facultad, concedida constitucionalmente, para adoptar las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado (arts. 20 y 21 de la Constitución).

<sup>114</sup> STIPPEL, Jörg, *op. cit.*, pp. 198-199.

<sup>115</sup> Auto Acordado sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección de las Garantías Constitucionales de 24 de junio de 1992 y Auto Acordado sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Amparo de 19 de diciembre de 1992, ambos dictados por la Corte Suprema.

<sup>116</sup> ZÓÑIGA, Francisco, "La Corte Suprema y sus competencias. Notas acerca de su potestad normativa (autos acordados)", en *Ius et Praxis*, vol. 4, n° 1, 1998, p. 228. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19740113> [Consulta: 26 de diciembre de 2013].

<sup>117</sup> STIPPEL, Jörg, *op. cit.*, p. 199.

En síntesis, pese a haberse constituido en la práctica como la única –o al menos la más utilizada– vía de impugnación de las decisiones o actos administrativos penitenciarios, los recursos o acciones de amparo y protección no representan una vía idónea, eficiente y eficaz para cumplir con una adecuada protección de los derechos de los internos. La inadecuación jurídica y la comprobada ineficacia tutelar de estos mecanismos de control judicial (*impropios*), salvo en contadas ocasiones, en conjunto con los problemas ya acusados del control por parte de la propia administración, vuelven necesario poner el foco de atención en mecanismos específicos de tutela de los derechos de las personas privadas de libertad<sup>118</sup>.

#### *IV.e. El control judicial de las condiciones de ejecución de la pena privativa de libertad por medio de visitas*

El Código Orgánico de Tribunales contempla en su artículo 567 y siguientes las así llamadas *visitas* de los jueces a establecimientos penitenciarios, las que tienen por objeto efectuar un control periódico de las condiciones en que se está llevando a cabo la ejecución de las penas privativas de libertad, así como conocer las peticiones y reclamos de los reclusos. Las visitas judiciales se dividen en semanales, semestrales y extraordinarias.

Las visitas semanales deben ser realizadas por el juez de garantía en el último día hábil de cada semana. Según la regulación legal<sup>119</sup>, el juez debe concederle una entrevista a cada interno y oír sus respectivos reclamos sobre el tratamiento que se le brinda y las dificultades que se le suscitan para su defensa, y debe también reconocer el estado de aseo y seguridad de los calabozos. El control que puede realizarse en casos de vulneraciones de derechos puede adoptar dos vías de solución. Primera,

<sup>118</sup> En palabras de María A. Salinero, "[l]a falta de un recurso destinado específicamente a proteger los derechos e intereses de los condenados privados de libertad ha conducido a la utilización de las acciones de amparo y protección que se han demostrado, con algunas excepciones, como medios de protección ineficaces" (*op. cit.*, p. 59).

<sup>119</sup> Art. 571 y ss., COT.

el mismo juez de garantía puede, una vez oídos los reclamos de los reclusos, adoptar las medidas convenientes para subsanar las faltas que se les relatan. Segunda, el juez de garantía debe levantar un acta de la visita, copia de la cual se le envía a la Corte de Apelaciones respectiva, la que puede dirigirse a la autoridad administrativa en orden a que ponga término a la situación de vulneración denunciada y consignada en acta.

Por su parte, las visitas semestrales deben ser realizadas en aquellas comunas asiento de Corte de Apelaciones por uno de sus ministros en conjunto con un juez de garantía y un juez de un tribunal de juicio oral en lo penal<sup>120</sup>. Este tipo de visitas, que se practican sin previo aviso, persigue que los organismos judiciales tomen conocimiento del estado de seguridad, orden e higiene de los establecimientos penales, comprueben que los internos estén cumpliendo sus condenas y escuchen sus reclamos. En cuanto a las visitas extraordinarias, estas pueden llevarse a cabo respecto de cualquier establecimiento penitenciario por los presidentes de la Corte Suprema como de la Corte de Apelaciones, junto con un ministro designado respectivamente, cuando así lo estimen necesario. Tanto en las visitas semestrales como en las extraordinarias, se recogerán reclamaciones de los internos y se inspeccionarán las dependencias de las cárceles.

El control que deben realizar los encargados de las visitas puede revestir dos formas. Primero, si se tomara conocimiento de abusos o defectos que se puedan corregir, la visita judicial dictará las órdenes respectivas a la administración penitenciaria. Segundo, de los reclamos, señala el artículo 582 del COT, que "se refieran a vejaciones indebidas, coacción de la libertad de defensa o prolongación injustificada en la tramitación de los procesos", conocerá la Corte de Apelaciones respectiva y adoptará las medidas que estime procedentes para el término de la situación de vulneración de derechos<sup>121</sup>.

<sup>120</sup> V. art. 578 y ss., COT. En las comunas que no son asiento de Corte estas visitas estarán integradas por un juez de garantía junto con un funcionario del juzgado designado por la Corte de Apelaciones que fungirá de secretario.

<sup>121</sup> Antes de la entrada en vigencia de la reforma procesal penal en Chile (ley 19.665), el art. 353, n° 2, COT, hoy derogado, contemplaba las visitas del fiscal judicial de

Como puede apreciarse de la regulación legal, y con independencia de su origen, las visitas buscan instaurar un rol activo de control judicial de la actividad penitenciaria, sobre todo teniendo en cuenta que, salvo la reciente iniciativa de la Unidad de Defensa Penitenciaria de la Defensoría Penal Pública, no existía un mecanismo público adecuado que sirviera de nexo entre los internos y los tribunales de justicia<sup>122</sup>. Pero en la realidad, esta forma de control no rinde los frutos que podría tener de constituir una práctica asentada y respetada por todos los órganos intervinientes en materia penitenciaria. Por ejemplo, la administración penitenciaria muchas veces simplemente no cumple las órdenes dictadas por los jueces de garantía en orden a subsanar alguna falta que se ha identificado en una visita judicial. Y no solo del lado de la administración esta forma de control resulta insuficiente, puesto que los mismos jueces encargados de las visitas muchas veces incurren en omisiones o malas prácticas. Por último, se suma la falta de incentivos para que los reclusos reclamen efectivamente sus derechos, ya sea por temor a represalias o porque no consideran que sus reclamaciones tengan oportunidad de llegar a buen puerto. Existe, entonces, un entramado de factores que hacen que este mecanismo de tutela judicial sea insuficiente, no obstante que su pretensión de control *activo* sea deseable<sup>123</sup>.

---

la Corte Suprema a los establecimientos penitenciarios. Es necesario destacar aquí que dicha disposición mantiene su vigencia respecto de los establecimientos penitenciarios y correccionales en los que se encuentren internos por disposición de los Tribunales del Crimen, así como respecto de los establecimientos especiales y carcelarios en que se encuentren enajenados mentales del antiguo sistema regido por el antiguo Código de Procedimiento Penal. En este sentido, *vid.* el informe emitido en 2009 por la Fiscal Judicial de la Corte Suprema ante la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado.

<sup>122</sup> Por ejemplo, en el acta de visitas de la Corte de Apelaciones de San Miguel, n° ingreso de Corte 349-2010, de 25 de octubre de 2010, se puede constatar que uno de los principales reclamos de los internos es la absoluta falta de comunicación con algún abogado o defensor que los asesore.

<sup>123</sup> Una muestra del manifiesto desinterés político que existe en tomar en cuenta los derechos de los reclusos, incluso cuando el control judicial resulta efectivo, es el caso en que por resolución de 23 de agosto de 2013, el séptimo Juzgado de Garantía de Santiago, a raíz de una visita carcelaria semanal, constata la vulneración de

*IV.f. El control judicial de las condiciones de ejecución de la pena privativa de libertad por medio de la audiencia de "cautela de garantías"*

El Código Procesal Penal contempla la denominada audiencia de "cautela de garantías", mecanismo genérico de protección de derechos individuales que se ha constituido como una instancia adicional para hacer valer los derechos de los privados de libertad. En concreto, la norma del artículo 10, CPP, contempla que, respecto de aquellos imputados que no se encuentren en condiciones de ejercer sus derechos, el juez de garantía en cualquier etapa del procedimiento deberá adoptar las medidas necesarias para su ejercicio, ya sea de oficio o a petición de parte.

Con independencia del propósito inicial del diseño de la audiencia de cautela de garantías, la amplia formulación de la norma admite que el control jurisdiccional vía cautela de garantías se extienda hasta la etapa de ejecución. Respecto a la naturaleza de los reclamos, el sistema de defensoría penitenciaria ha considerado incluidos, dentro de las materias que serán conocidas en la audiencia de cautela de garantías, los casos de solicitudes administrativas que no son resueltas conforme a la normativa penitenciaria, la limitación ilegal o arbitraria de garantías

---

los derechos de los sujetos sometidos a prisión preventiva que, por estar detenidos, perderían su derecho a sufragio en las elecciones presidenciales y legislativas programadas para fines de ese año. La resolución concluye ordenando al Servicio Electoral que arbitre los medios necesarios para que las y los ciudadanos sujetos a prisión preventiva, puedan ejercer plenamente sus derechos políticos garantizados por el ordenamiento jurídico chileno. El caso, de gran revuelo mediático, terminó incluso con una declaración de la Ministra de Justicia según la cual se enviaría una iniciativa para que toda persona privada de libertad que mantuviera el derecho a sufragio, pudiera hacerlo. No obstante, el gobierno desarendió las declaraciones de la Ministra. El punto final de la discusión a nivel político lo dio Cecilia Pérez, la vocera de gobierno: "Nosotros hemos decidido y así lo ha señalado el Presidente, que no está dentro de las prioridades de nuestro Gobierno avanzar a través de una ley para que esto pueda finalmente suceder. Tenemos otro tipo de prioridades" (pueden verse parte de las declaraciones en: <http://www.elmostrador.cl/pais/2013/08/26/gobierno-descarta-proyecto-de-ley-para-que-voten-los-presos> [Consulta: 21 de noviembre de 2013]). Quizás si los privados de libertad tuvieran derecho a voto, perderían su invisibilidad política en tanto pasen a formar parte de los cálculos electorales.

constitucionales, violaciones de derechos humanos, aplicación arbitraria de sanciones disciplinarias o con infracción al principio de proporcionalidad o sin autorización judicial en caso de reiteración, solicitudes de traslados a otras unidades penales por razones de seguridad o resocialización, traslados a recintos psiquiátricos de condenados a medidas de seguridad o respecto de quienes sobreviene la enajenación mental, unificación de penas, solicitud de abono o pago de multa en parcialidades, sustitución de multa por reclusión y restitución de especies retenidas no decomisadas<sup>124</sup>. Los jueces de garantía han asumido progresivamente esta misma interpretación<sup>125</sup>.

La utilización de este sistema viene a suplir vacíos de la regulación respecto del control judicial por parte del juez de garantía en materia penitenciaria. En específico, constituiría una instancia procesal, más o

<sup>124</sup> DIRECCIÓN DE ESTUDIOS SOCIOLOGICOS, "Evaluación y Sistematización del Modelo y Sistema de Defensa Penitenciaria", Instituto de Sociología, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2010, disponible en: <http://www.dpp.cl/resources/upload/3b59cfaa198fdd63eb459e3f5a006a16.pdf> [Consulta: 20 de diciembre de 2013], p. 94 y ss.

<sup>125</sup> A modo ejemplar, en 2012 el juzgado de garantía de la ciudad de Iquique ordenó anular la sanción disciplinaria impuesta por Gendarmería hacia uno de los internos por "tener olor a marihuana en las manos, no pudiendo mantenerse en equilibrio". La sanción anulada imponía régimen de internación durante cinco días en celda de castigo y la revocación de las regalías obtenidas por el interno, consistentes en residir en el módulo de buena conducta, estudiar y trabajar (Defensoría Penal Pública, Sala de Prensa, 14 de marzo de 2012. Información disponible en: [http://www.dpp.cl/sala\\_prensa/noticias\\_detalle/3458/defensor-local-de-iquique-logra-revertir-castigo-contra-interno-con-cautela-de-garantias](http://www.dpp.cl/sala_prensa/noticias_detalle/3458/defensor-local-de-iquique-logra-revertir-castigo-contra-interno-con-cautela-de-garantias) [Consulta: 22 de diciembre de 2013]). Así también, el juzgado de garantía de la ciudad de Puerto Montt, en audiencia de cautela de garantías solicitada por la defensoría penal pública, recibió la denuncia de apremios ilegítimos en contra de cuatro internos. Al respecto, ordenó su traslado al hospital e iniciar una investigación por apremios ilegítimos, solicitó un informe al Alcalde sobre las circunstancias del hecho e impuso la prohibición a Gendarmería de aplicar medidas disciplinarias en contra de los internos (Defensoría Penal Pública, Sala de Prensa, 29 de enero de 2013. Información disponible en: [http://www.dpp.cl/sala\\_prensa/noticias\\_detalle/4185/denuncian-a-funcionarios-de-gendarmeria-de-puerto-montt-por-apremios-ilegitimos](http://www.dpp.cl/sala_prensa/noticias_detalle/4185/denuncian-a-funcionarios-de-gendarmeria-de-puerto-montt-por-apremios-ilegitimos) [Consulta: 22 de diciembre de 2013]).

menos idónea, que otorga asidero para llevar a cabo el control judicial en los términos vistos más arriba<sup>126</sup>.

## V. Lineamientos para un nuevo sistema de control judicial de la ejecución de la pena privativa de libertad en Chile

Hasta el momento, hemos revisado las posibilidades de control judicial de la ejecución de la pena privativa de libertad que nos ofrece el ordenamiento nacional, destacando el claro déficit regulativo en materia de mecanismos de impugnación e instancias procesales en las cuales se materializa la tutela judicial efectiva de los derechos de los internos. Constatada la necesidad de contar con una legislación procesal clara y sistemática —y con una legislación sustantiva de rango legal acorde a la legislación internacional sobre los derechos de los reclusos—, cabe preguntarse ahora por la necesidad de un nuevo andamiaje institucional que permita la materialización de la tutela judicial efectiva de las personas privadas de libertad.

### V.a. ¿Una nueva institucionalidad? Aspectos para tener en cuenta

#### V.a.1. Jurisdicción especializada

El sistema de ejecución de penas privativas de libertad requiere la participación de un órgano jurisdiccional en miras al resguardo de los derechos de los presos<sup>127</sup> y el reconocimiento de su idéntica condición a

<sup>126</sup> Una última vía procesal posible de control judicial ha sido puesta de relieve por Stephen Kendall. Según este autor, sería posible utilizar el amparo especial ante el juez de garantía del art. 95, CPP, que tiene toda persona privada de libertad para que se examine la legalidad y las condiciones de dicha privación (cfr. *La tutela judicial efectiva*, op. cit., p. 100 y ss.). Sin embargo, y como el mismo autor lo admite, en la práctica no se conoce caso alguno en que se haya utilizado este mecanismo (*ibid.*, p. 103).

<sup>127</sup> Por supuesto, con excepción, como señala la fórmula del art. 2, REP, de tan solo aquellos derechos limitados por la naturaleza de la pena.

la de los ciudadanos libres. Aquello asumiría el derecho a tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 38, inciso segundo, de la Constitución Política y respetaría el principio constitucional que otorga la facultad de conocer, resolver y hacer ejecutar lo juzgado a los tribunales creados por ley<sup>128</sup>. No hay justicia sin tribunales que la impartan.

Con todo, la fórmula institucional que deba hacerse cargo de la ejecución penitenciaria está sujeta a discusión. La legislación actual, como ya vimos, entrega al juez de garantía la competencia sobre la ejecución de la pena. Pese al explícito mandato legislativo, el juez de garantía no ha asumido de manera sistemática su competencia en la ejecución penal, probablemente debido a que la forma de hacer efectiva dicha competencia nunca fue establecida con claridad<sup>129</sup>. La omisión de las materias específicas de su competencia y del procedimiento para resolver incidentes en materia penitenciaria dificulta la eficacia de la labor. La discusión también se ha suscitado a nivel jurisprudencial, al punto que algunos jueces de garantía niegan su competencia —considerando que la ejecución debe ser resuelta en sede administrativa—, mientras que otros juzgados se asumen ampliamente competentes para conocer de la ejecución de la pena<sup>130</sup>. Luego de revisar estas alternativas, creemos que en el corto plazo es necesario avanzar hacia una correcta comprensión de las posibilidades de control que la legislación actual le concede al juez de garantía<sup>131</sup>.

<sup>128</sup> Art. 76, CPR.

<sup>129</sup> En particular, el medio de impugnación y el procedimiento de tutela aplicables. De acuerdo a Salinero, la ausencia de norma procedimental expresa debiese subsanarse a través de la aplicación de las normas supletorias establecidas en el Título II del Libro I del CPP sobre "Actividad procesal". Cfr. SALINERO, María Alicia, op. cit., p. 53.

<sup>130</sup> AA. VV., "Diseño normativo e institucional para la implementación de jueces de penas y medidas de seguridad en Chile". Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho, 2009, p. 12, disponible en: [http://www.bcn.d/obtienearchivo?id=documentos/10221.1/13505/1/CF20\\_UDP\\_Jueces%20Ejecuci%3%b3n%20de%20Penas.pdf](http://www.bcn.d/obtienearchivo?id=documentos/10221.1/13505/1/CF20_UDP_Jueces%20Ejecuci%3%b3n%20de%20Penas.pdf) [Consulta: 16 de diciembre de 2013].

<sup>131</sup> Coincide con esta opinión, en términos generales, el Informe "Diseño normativo e institucional para la implementación de jueces de penas y medidas de seguridad en Chile" citado en nota anterior, el cual sugiere recurrir a la institucionalidad vigente de

Muchos de los problemas de la situación de los internos en nuestras cárceles pueden ser resueltos mediante los mecanismos vigentes. Pero en el mediano o largo plazo, resulta conveniente la instauración de un juez especializado.

La implementación en Chile de un juez especializado de ejecución penitenciaria sería una iniciativa loable, puesto que una judicatura penitenciaria establecería una instancia experta y cualificada para resolver sobre una materia compleja. Esta opción aliviaría a los jueces de garantía de una labor adicional, sobre todo en atención a la heterogeneidad de funciones que actualmente cumplen y a que su intensa carga laboral actual constituiría un obstáculo al ejercicio eficaz del control penitenciario (con el consecuente riesgo de que la ejecución de la pena se convierta en una labor residual o secundaria)<sup>132</sup>. Adicionalmente, la formación especializada penitenciaria permitiría enfrentar la circunstancia de que la judicatura en Chile históricamente ha carecido de una cultura institucional generalizada de respeto y tutela de los derechos de los internos.

---

los jueces de garantía para materializar de modo efectivo la tutela judicial. Entre los argumentos para esta alternativa se encuentran la configuración normativa vigente; los favorables resultados de su esquema de gestión; sus probadas experiencia y práctica; la optimización de los recursos; contar con una cultura destinada a evitar los excesos en la actividad punitiva del Estado; y constituir la culminación lógica y orgánica de la reforma procesal penal (*ibid.*, pp. 9-14). De este modo, la legislación vigente constituiría un punto de partida adecuado para configurar y organizar con claridad un escenario de judicialización de las sanciones (*ibid.*, p. 7). En cuanto, a los conflictos de competencia, los autores del Informe de Implementación sugieren acudir al art. 50 de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente y aplicarlo al sistema de adultos. La regla establece que el juzgado de garantía competente para ejercer control sobre los conflictos de derecho durante la ejecución es el juez de garantía del lugar en que las sanciones se encuentran siendo ejecutadas y no el juez sentenciador. El fundamento detrás de la norma radica en que la relación directa que los jueces de garantía mantienen con los Centros de Privación de Libertad de su territorio permitiría gestionar y llevar adelante la ejecución de manera expedita y eficiente.

<sup>132</sup> Se pronuncian en este sentido, COUSO, Jaime y MERA, Jorge, *op. cit.*, p. 119 y KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER, Carlos, "La judicialización de la ejecución penal", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXVI, 1/2005, p.121.

En suma, la propuesta de judicatura especializada propone una diferenciación entre el juez que interviene en el juzgamiento y el juez a cargo de la ejecución, y prescindir del juez de garantía para la realización de esta última labor. En todo caso, afirmar la necesidad de un juez de ejecución especializado tan solo es el primer paso, puesto que es necesario delimitar sus funciones y el ámbito de su competencia.

#### V.a.2. Competencia

Respecto del grado de competencia que debe asumir el órgano jurisdiccional, una primera alternativa consiste en adoptar un modelo de intervención directa, en donde el juez sea competente para adoptar la totalidad de las decisiones que tengan lugar durante la ejecución de la pena: cumplimiento efectivo, salvaguarda de derechos, sanciones disciplinarias, beneficios, libertad condicional, clasificación inicial, recursos visitas, abonos, entre otros. Esta fórmula fue adoptada por la legislación española, la cual concede a los Jueces de Vigilancia Penitenciaria amplias facultades para resolver sobre beneficios, sanciones disciplinarias, traslados y otros asuntos relativos a la ejecución de penas<sup>133</sup>. Una segunda alternativa consiste en adoptar un modelo de intervención del juez ejecutor de carácter reactivo, posterior a la resolución administrativa y que actúe por vía de impugnación en su calidad de órgano de supervisión y control. Esta segunda fórmula permite que órganos administrativos con mayor conocimiento e información sobre los factores de cada uno de los reclusos sean competentes para adoptar decisiones adecuadas y atentas a la realidad particular<sup>134</sup>. La legislación alemana, por ejemplo, adopta en mayor medida este segundo modelo. Las salas especializadas de ejecución penal, integradas por jueces penales, conocen de la impugnación respecto de cualquier medida, acción u omisión, que afecte los derechos de

<sup>133</sup> Título V de la Ley Orgánica General Penitenciaria Española.

<sup>134</sup> Como sería el caso en Chile del Consejo Técnico Penitenciario. Art. 119, REP.

los internos<sup>135-136</sup>. Este segundo modelo parece el más adecuado en tanto respeta los específicos roles institucionales de la judicatura y la administración. No se busca con la reforma constituir una figura híbrida con facultades ejecutivas y judiciales, ya que aquello diluiría la idea misma de control de la ejecución de la pena.

### V.a.3. Reforma institucional integral

Reconocida la importancia de una estrategia a largo plazo a favor de la implementación de una judicatura de ejecución especializada, es fundamental advertir que una modificación institucional semejante se queda corta si no se enmarca en una reforma de amplio espectro. Es decir, la nueva institucionalidad debe incluir también el aseguramiento de las posibilidades efectivas de una eficaz defensa de los internos, así como de métodos objetivos de investigación en el interior de las cárceles.

Ya en los albores de la reforma procesal penal fue anunciada la necesidad de que los operadores del sistema, principalmente defensores y fiscales, promovieran actuaciones en el ámbito penitenciario<sup>137</sup>. Efectivamente, su rol resulta clave para iniciar la recepción del Derecho penitenciario en la práctica y disminuir la resistencia a su discusión en tribunales. La iniciativa de instauración de la Unidad de Defensa Penitenciaria, llevada adelante por la Defensoría Penal Pública es particularmente lúcida

<sup>135</sup> FEEST, Johannes, "La protección jurídica en el ámbito carcelario alemán: derechos y procedimientos según la ley y su aplicación en la práctica", ponencia realizada en Santiago de Chile. Aula Magna de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 21 y 22 de agosto de 2003, disponible en: <http://www.wcc.dpp.cl/Documentos/doctrinas/112318892164.PDF> [Consulta: 7 de diciembre de 2013].

<sup>136</sup> La razón de haber optado por una fórmula más restringida de intervención radicaría en que, como fue señalado, "la autoridad penitenciaria, a diferencia del Juez de Ejecución, se encuentra en una relación de cercanía con el recluso mucho más estrecha, en razón del contacto diario que mantiene con ellos y, por lo tanto, puede evaluar el caso particular en forma más adecuada y certera". SALINERO, María Alicia, *op. cit.*, p. 54.

<sup>137</sup> HORVITZ, María Inés, *op. cit.*, p. 591.

al respecto. La Defensoría Penal Pública ha implementado un programa de defensa penitenciaria consistente en la especialización de ciertos funcionarios del organismo para representar a los internos en instancias judiciales y extrajudiciales —administrativas particularmente— durante el cumplimiento de la condena privativa de libertad y hasta su completa ejecución, con el fin de resguardar los intereses, garantías y derechos del condenado adulto<sup>138</sup>. Entre las labores de los defensores especializados, apoyados por asistentes sociales y personal administrativo, se cuentan la difusión de derechos de los condenados, el control en la aplicación y ejecución de la pena, la asesoría respecto a prestaciones administrativas de carácter contencioso y no contencioso (permisos de salida, libertad condicional, indultos, traslados, etc.) y prestaciones de carácter judicial<sup>139</sup>. Gracias a esta experiencia piloto, "[l]as posibilidades de que el interno sea escuchado en sus alegaciones aumentan, y se satisface la necesidad vital de contar con una asistencia letrada que dota de operatividad técnica al derecho a defensa"<sup>140</sup>. En todo caso, el mérito de la iniciativa se ve debilitado por las difíciles condiciones que enfrentan los defensores penitenciarios para llevar a cabo su labor. En ausencia de una cultura institucional respetuosa de los derechos de los internos, la medida dista de lograr los resultados esperados. Así también, la iniciativa se encuentra circunscrita a las Defensorías Regionales de Coquimbo, Metropolitana Norte, Metropolitana Sur y Biobío, de modo que resulta insuficiente para entregar cobertura a la población penal nacional<sup>141</sup>.

<sup>138</sup> Art. 1 de las Bases Administrativas para la contratación del Servicio de Defensa Penal Pública Penitenciaria. Disponible en: [http://www.contraloria.cl/NewPortal2/portal2/ShowProperty/BEA%20Repository/Portal/Destacados/Bases\\_Aprobadas/Juridica/Res\\_77.PDF](http://www.contraloria.cl/NewPortal2/portal2/ShowProperty/BEA%20Repository/Portal/Destacados/Bases_Aprobadas/Juridica/Res_77.PDF) [Consulta: 22 de diciembre de 2013].

<sup>139</sup> CENTRO DE DERECHOS HUMANOS UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES, "Sistema penitenciario y Derechos Humanos", en *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2010*, *op. cit.*, p. 135.

<sup>140</sup> *Ibidem*, p. 138. En el mismo sentido se pronuncian Carnevali, Raúl y Maldonado, Francisco, *op. cit.*, p. 156.

<sup>141</sup> Información disponible en el sitio institucional de la Defensoría Penal Pública [http://www.dpp.cl/pag/81/244/defensa\\_penitenciaria](http://www.dpp.cl/pag/81/244/defensa_penitenciaria) [Consulta: 22 de diciembre de 2013].



Asimismo, la defensoría penitenciaria funciona a través del sistema de licitación, a través del cual periódicamente abogados postulan al cargo sin acceder a posiciones de planta. De este modo, el sistema no garantiza la mayor calificación de quienes acceden al cargo ni contempla la posibilidad de permanencia, circunstancia que obsta al asentamiento de capacitación y especialización continuas<sup>142</sup>. Pese a estos inconvenientes, la nueva realidad institucional a nivel de defensa hace realidad el mandato constitucional de igual protección de la ley y la exigencia de contar con asesoramiento y defensa jurídica a quien no tiene medios para procurárselos<sup>143</sup>. Asimismo, cumple con el mandato de la legislación procesal penal que imponía a la defensa ser ejercida desde la primera actuación en contra del imputado "hasta la completa ejecución de la sentencia"<sup>144</sup>.

Finalmente, resulta interesante preguntarse por la función del Ministerio Público —o al menos una figura análoga—. De adoptarse una lógica adversarial, se requiere que los fiscales participen y canalicen adecuadamente las denuncias de los internos, ejerzan responsablemente su labor y se informen e interioricen de la situación en el interior de los penales<sup>145</sup>. Contar con una defensa penitenciaria especializada y un ente fiscalizador atento a la ejecución penitenciaria resulta de radical importancia, puesto que permite establecer un puente entre el conflicto penitenciario y los tribunales que ejercen el control judicial. De nada sirve tener a disposición tribunales, más o menos especializados, con capacidades de control, si los operadores del sistema no pueden acceder a ellos.

<sup>142</sup> Cfr. BERRÍOS, Gonzalo, Departamento de Estudios Defensoría Pública Nacional, Seminario "Tribunales de ejecución penal. La Reforma Pendiente", Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 17 y 18 de diciembre de 2013.

<sup>143</sup> Art. 19, n° 3, CPR.

<sup>144</sup> Art. 8, CPP.

<sup>145</sup> COUSO, Jaime y MERA, Jorge, *op. cit.*, p. 122.

#### V.a.4. Procedimiento

Por último, respecto de la tramitación del proceso por medio del cual se materializaría el control judicial, el legislador debiese adoptar un procedimiento oral, en vez de escrito, entregando facilidades a los presos para comunicarse verbalmente, con miras a una mayor operatividad, expedición y celeridad procesal. La desformalización del procedimiento y la implementación de reglas de amplia admisibilidad en el ejercicio de facultades y derechos por parte de todo el que tenga interés en la causa evitarían la declaración de inadmisibilidad por vicios de forma y extenderían las posibilidades de legitimación activa en el reclamo<sup>146</sup>. Las audiencias podrían desarrollarse en el interior de los establecimientos penitenciarios en orden a que el juez logre observar *in situ* la situación del interno. El sistema también podría incluir la posibilidad de recibir solicitudes o reclamos colectivos y permitir la intervención de los presos a través de representantes. Como principio subyacente, la fórmula procesal debiese contemplar un mecanismo reforzado de protección a los internos debido a sus frágiles y precarias posibilidades de intervención. En relación con el punto anterior, resultaría conveniente contar con una institución complementaria de la jurisdicción (como el *Ombudsman* escandinavo) con un rol fuerte de apoyo en el desarrollo y mejoramiento del régimen penitenciario<sup>147</sup>; designar el Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura resultaría particularmente efectivo a este respecto<sup>148</sup>.

Sobre la legitimación pasiva, la legislación debiera incluir la posibilidad de que los reclamos puedan realizarse tanto respecto de los agentes estatales como respecto de agentes privados que participan en la operación de

<sup>146</sup> VALENZUELA, Jonatan, *op. cit.*, p. 207.

<sup>147</sup> V. COUSO, Jaime y MERA, Jorge, *op. cit.*, p. 122. FEEST, Johannes, *op. cit.*, p. 9 y ss. Coinciden también sobre el punto VALENZUELA, Jonatan, *op. cit.*, p. 203 y HORVITZ, María Inés, *op. cit.*, p. 592.

<sup>148</sup> CENTRO DE DERECHOS HUMANOS UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES, "Sistema penitenciario y Derechos Humanos", en *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2010*, *op. cit.*, p. 126.

la prisión<sup>149</sup>. Circunstancias como la precariedad de la infraestructura, la deficiente mantención, el inadecuado régimen de alimentación y la omisión en la dictación de talleres de reinserción comprometen los derechos de los reclusos de manera que resulta exigible el control judicial a este respecto. En ausencia de norma expresa sobre el estatuto de responsabilidad de las empresas concesionarias a cargo de estas actividades<sup>150</sup>, resulta razonable considerarlas como legitimado pasivo de las reclamaciones de los presos ante la administración y la judicatura. Esta circunstancia –la estipulación expresa del derecho de los presos a reclamar en contra de la agencia privada– sería un primer paso hacia una definición precisa y concreta del régimen de responsabilidad al que se someten las concesionarias, tanto respecto de sus deberes contractuales con el Estado como respecto de la población penal.

#### V.b. Notas sobre las bases para un nuevo modelo

Para abogar por una nueva institucionalidad integral que favorezca un adecuado control judicial sobre la actividad administrativa de ejecución de la pena privativa de libertad, es necesario sentar ciertas bases teóricas que configuren el fundamento del cambio. En particular, es de radical importancia revertir cierta comprensión de la cárcel –y del estatus de

<sup>149</sup> A partir del año 2000, opera en Chile parcialmente el régimen de cárceles concesionadas, cuyo modelo replica el régimen mixto francés, bajo el cual el Estado cumple las funciones de seguridad y vigilancia de los reclusos en el interior del establecimiento (a través de Gendarmería de Chile) y delega en el sector privado las actividades de construcción y operación. En los penales concesionados existen empresas operadoras, encargadas del mantenimiento de infraestructura y equipamiento estándar, labores de seguridad y prestación de servicios de alimentación, salud, lavandería, reinserción y economato. Sobre la legitimación pasiva de las cárceles concesionadas, LARGO, Eliana, *op. cit.*, p. 21.

<sup>150</sup> Sobre la dificultad de los presos para ejercer sus derechos en sistemas penitenciarios con intervención de agentes privados ARRIAGADA, Isabel. "Cárceles privadas: La superación del debate costo-beneficio", en *Polít. crim.*, vol. 8, n° 15, 2013, art. 6, pp. 210-248. Disponible en: [http://www.politicacriminal.cl/Vol\\_08/n\\_15/Vol8N15A6.pdf](http://www.politicacriminal.cl/Vol_08/n_15/Vol8N15A6.pdf) [Consulta: 5 de diciembre de 2013].

quienes ahí se encuentran– que la ha acompañado desde su nacimiento. Aunque excede el objetivo principal del trabajo, pretendemos dejar instaladas algunas ideas para una posterior discusión.

#### V.b.1. La ejecución de la pena de privación de libertad

La distinción entre imposición y ejecución de la pena constituye uno de los pilares conceptuales que, desde la teoría jurídica de la pena, apoyan la consolidación de un modelo institucional de la administración de la actividad penitenciaria de tendencia discrecional y carente de control judicial<sup>151</sup>. La imposición de una pena es un acto jurisdiccional que constata la satisfacción de las condiciones de atribución de responsabilidad penal y asienta la concreta sanción penal que, al modo de la irrogación de un mal sensible, ha de pesar sobre el condenado<sup>152</sup>. En el caso de la pena privativa de libertad, el mal que irroga se identifica con la pérdida relativa de las posibilidades de desplazamiento libre del condenado, producto de su encierro en un determinado establecimiento destinado a ese efecto. ¿Por qué habría de interpretarse este encierro como un paso secundario, distinguible de la pena impuesta y determinada en cuanto a su justificación y principios rectores, y no como el momento en que la pena misma se hace carne? Entendemos que la distinción es innecesaria: La pena es la sanción legal y abstractamente prevista ante la comisión de un delito, la sanción concreta que impone un tribunal y la actual y real irrogación del mal en que esa sanción consiste. Distinguir entre la ejecución y la imposición de la pena no hace más que diluir el significado de la primera como el real, concreto y específico ejercicio del *ius puniendi* estatal<sup>153</sup>.

<sup>151</sup> MAÑALICH, Juan Pablo, *op. cit.*, p. 14. GUZMÁN DALBORA, José Luis, *La pena y la extinción...*, *op. cit.*, p. 188. El otro pilar –o *atuendo* en las más precisas palabras del profesor Guzmán Dalbora– conceptual lo constituye la versión decimonónica de la relación especial de sujeción.

<sup>152</sup> Desde un punto de vista que favorece una concepción retributiva de la pena, MAÑALICH, Juan Pablo, *op. cit.*, p. 15.

<sup>153</sup> *Ibidem*, p. 16.

La escisión conceptual recién apuntada abre la puerta no solo a la eventual discrecionalidad de la Administración, sino también a la introducción de un peligroso concepto que coadyuva a integrar la visión general que impide la entrada de "lo judicial" a las cárceles: la resocialización. En efecto, al alero de algunas teorías mixtas o combinatorias de la pena, principalmente la llamada teoría *dialéctica* de Claus Roxin, surge la distinción de los criterios de justificación de la pena entre los momentos de imposición y ejecución<sup>154</sup>. Según Roxin, mientras en la fase de imposición y determinación de la pena se impone un principio de justificación de prevención general, limitado por el principio de culpabilidad, en la fase de ejecución priman las razones resocializadoras (de prevención especial positiva)<sup>155</sup>. Roxin afirma que el criterio preventivo especial identificado con la "educación social" en este "tercer y último estadio de la realización del Derecho penal" se asienta en la convergencia del interés de la comunidad en "recuperar al delincuente" (tras cumplir su pena como "miembro apto para la vida y fiel a derecho") y del verdadero bien del propio condenado para el adecuado desarrollo de su personalidad<sup>156</sup>.

Son conocidas las críticas tradicionales al concepto de resocialización como (re)educación en el contexto de un Estado liberal y democrático de derecho<sup>157</sup>. Lo que aquí interesa específicamente es apuntar que la resocialización, en su sentido fuerte, basa sus formas de materialización, en el contexto carcelario, en la calificación de los niveles de peligrosidad

<sup>154</sup> ROXIN, Claus, "Sentido y límites del poder estatal", en ROXIN, Claus, *Problemas básicos del derecho penal*, Madrid, Reus, 1976, p. 20 y ss.

<sup>155</sup> *Ibidem*, p. 24 y ss. Para una crítica a las teorías combinatorias o mixtas, por la impropiedad de la combinación de distintos criterios justificantes, fundamental MAÑALICH, Juan Pablo, "La pena como retribución", en *Estudios Públicos*, Nº 108, 2007, p. 131 y ss.

<sup>156</sup> ROXIN, Claus, *op. cit.*, p. 31.

<sup>157</sup> Un ejemplo de ellas en nuestro país, aplicadas al problema penitenciario bajo la vigencia del REP previo a su reforma, GUZMÁN DALBORA, José Luis, "Consideraciones críticas...", *op. cit.*, p. 15 y ss.

de los internos<sup>158</sup>, para así poder establecer formas de intervención o tratamiento específicas e idóneas para cada grupo, determinando, por ejemplo, en qué establecimiento o módulo se ha de cumplir la condena. La mencionada técnica es particularmente funcional al sistema disciplinario de los establecimientos penitenciarios. En palabras de Foucault, se trata de una actividad de control:

... propia de lo que ha sido llevado a cabo regularmente por el poder disciplinario desde los comienzos del siglo XIX: [...] la penitenciaría, [...] de manera general todas las instancias de control individual, funcionan de doble modo: el de la división binaria y la marcación ([...] peligroso-inofensivo; normal-anormal); y el de la asignación coercitiva, de la distribución diferencial (quién es; dónde debe estar; por qué caracterizarlo, cómo reconocerlo; cómo ejercer sobre él, de manera individual, una vigilancia constante, etc.)<sup>159</sup>.

La visión de cárcel como un aparato disciplinario exhaustivo —como una institución total y continua que regula hasta el más mínimo aspecto de la vida de los internos y, sobre todo, que busca intervenir sobre las disposiciones conductuales e incluso morales de cada uno de ellos— favorece la primacía de "poderes laterales, al margen de la justicia" en la administración de ese control<sup>160</sup>. Por supuesto, esta idea favorece un modelo de administración penitenciaria que excluya el control judicial.

En Chile, aunque con ciertas ambigüedades, el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios perfila su orientación preventivo-especial hacia una versión menos fuerte que la descrita y que es posible identificar

<sup>158</sup> O, en el eufemismo utilizado por el REP en "niveles de compromiso delictual". La peligrosidad, siempre de la mano de la ahora llamada "reinserción social", sirve como criterio rector para la división de la población penitenciaria, por ejemplo. V. los arts. 10 y 13, REP.

<sup>159</sup> FOUCAULT, Michel, *op. cit.*, p. 203.

<sup>160</sup> *Ibidem*, p. 238. *Idem*, *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, Gedisa, 1992, p. 97 y ss. MAÑALICH, Juan Pablo, "El Derecho penitenciario...", *op. cit.*, p. 13.

con la idea de "reinserción" o "reintegración"<sup>161</sup>. El objetivo de las actividades encaminadas a la reinserción (social, laboral, etc.) consiste en generar un conjunto de condiciones y oportunidades para el interno que le permitan habituarse progresivamente al medio libre. Entre estas medidas están, por ejemplo, los permisos de salida o la posibilidad de capacitarse laboralmente y trabajar incluso para una empresa privada. Dejando de lado los problemas que se suscitan para acceder a estas medidas (*supra*), valga una muy breve observación.

La mejor versión de la reinserción o reintegración es aquella que busca crear las condiciones para que el interno se desarrolle en un medio que guarde la mayor semejanza posible con la vida en libertad, con la obvia limitación de la privación de libertad ambulatoria. Es decir, poner en práctica el principio rector de la actividad penitenciaria según el cual el interno detenta una condición jurídica idéntica a la de los ciudadanos libres, salvo por los derechos perdidos o limitados por la condena<sup>162</sup>. Lo que aquí interesa es enfatizar que no hay nada en la prevención especial positiva que aporte a un correcto —e ideal— entendimiento de la manera en que ha de ser ejecutada una pena privativa de libertad, a saber, la sola limitación de las posibilidades de desplazamiento libre. Las posibilidades de ejercer un trabajo, recibir visitas, estudiar y vivir en condiciones dignas son derechos de los ciudadanos libres que deben ser respetados y promovidos dentro de las cárceles. No deben ser concebidos como beneficios ni como medidas de "resocialización" de un "ser peligroso" o con "compromiso delictual", sino como una forma de asegurar, sin más, una correcta ejecución de la pena privativa de libertad. La relación jurídica de derecho

<sup>161</sup> En versiones anteriores, el REP (por ejemplo, en el antiguo art. 71) contenía dentro del tratamiento para la reinserción social inculcarle al interno "valores morales en general para que una vez liberado quiera respetar la ley y proveer a sus necesidades". En la actual redacción de lo que se entiende por actividades orientadas a la reinserción social, el REP en su art. 92 señala que son "aquellas orientadas a remover, anular o neutralizar los factores que han influido en la conducta delictiva y estarán dirigidas a las personas privadas de libertad [...] a fin de prepararlas para que, por propia voluntad, participen de la convivencia social respetando las normas que la regulan".

<sup>162</sup> Art. 2, REP.

público del interno con el Estado coloca a este último en una especial posición de garante para con el primero en el sentido de estar obligado a garantizar esta correcta ejecución de la pena privativa de libertad<sup>163</sup>. Lo anterior solo es posible desterrando la "Declaración de independencia carcelaria" por medio del ejercicio de un sistemático, activo y efectivo control judicial libre de los prejuicios conceptuales dominantes.

### Vb.2. El derecho ausente

Si la justicia muchas veces está ausente en nuestras cárceles es porque sus muros impiden el ingreso y la aplicación del Derecho<sup>164</sup>. La proliferación del discurso de los derechos humanos en materia penitenciaria es indicativa de un déficit en este sentido<sup>165</sup>. Abogar por una "cultura de

<sup>163</sup> Los evidentes problemas de llevar a la práctica penitenciaria una concepción semejante no son más que una reproducción intensificada de los problemas que se dan en la sociedad libre, en donde muchos de los mismos derechos mencionados no son garantizados por el Estado. El encarcelamiento constituye un proceso secundario de marginación que opera después de un proceso primario por el cual se excluye a los mismos sujetos que caen luego en la cárcel mediante mecanismos socioeconómicos y del mercado del trabajo. V., por ejemplo, Baratta, Alessandro, "Resocialización o control social. Por un concepto crítico de reintegración social del condenado", en Baratta, Alessandro, *Criminología y sistema penal*, Buenos Aires, BdeF, 2004, p. 181. Tradicionalmente se dice que de poco sirve ocuparse de las condiciones de la imposición y determinación de la condena, para luego dejar la ejecución abierta a todo tipo de consideraciones y arrojar al condenado a su suerte. Pues bien, lo mismo se puede decir de los planes de reinserción penitenciarios: de nada sirve el mejor plan de reintegración si luego del cumplimiento de la condena arrojamos al sujeto a su suerte, a la misma forma de marginación que lo llevó a la cárcel. Que la reinserción en la etapa pospenitenciaria sea tan importante es indicativo de lo poco que tiene que ver dicho concepto con la justificación de la pena, pero de lo muy relacionado que está con el diseño de políticas públicas en contra de la exclusión o marginación socioeconómica. La sociedad debe hacerse cargo de integrar a quienes ella misma ha excluido, contexto en el cual la cárcel es un paso más del proceso general de exclusión.

<sup>164</sup> CORDERO, Eduardo, *op. cit.*, p. 72.

<sup>165</sup> Muy claro al respecto, MAÑALICH, Juan Pablo, "El derecho penitenciario...", *op. cit.*, p. 1 y ss.

derechos humanos” requiere primero instalar un real cambio de perspectiva a nivel constitucional. Recordemos que nuestra Constitución expropia la ciudadanía a aquellas personas condenadas por un delito que merezca una pena (aflictiva) superior a tres años de privación de libertad. Si la ciudadanía, en tanto presupuesto de la vinculación del ciudadano con las normas de la sociedad, ha de entenderse como el presupuesto esencial del reproche de culpabilidad que presupone la pena, entonces deviene imposible que la privación de ciudadanía constituya una pena<sup>166</sup>. En nuestro ordenamiento la imposición de toda sanción privativa de libertad que lleva aparejada la privación de ciudadanía no constituye una pena. Ninguna reforma integral del sistema penitenciario puede tener lugar luego de semejante constatación.

La Constitución cierra la puerta a cualquier esbozo de reforma integral en los términos aquí favorecidos, y la abre de par en par a las peores versiones de cada una de las aristas de la ejecución de la sanción de privación de libertad. En este contexto no hay cabida para el Derecho; el objeto del necesario control judicial, bajo la actual o una nueva institucionalidad, se disuelve y en tal medida todas las condiciones están dadas para que la justicia permanezca ausente. Es por ello que la primera y principal medida que urge adoptar es un cambio constitucional que derribe los muros de las cárceles y permita la entrada de lo jurídico. Hoy la fuerza política que exige un cambio constitucional íntegro en Chile debe abogar por la eliminación de toda forma de exclusión y reinstalar el vínculo entre pena y ciudadanía.

Solo una vez realizado este cambio, el futuro debate sobre el Derecho penitenciario y la situación de los internos en general, más que discutir sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad —es decir, sobre la denuncia de su vulneración—, más que departir sobre sus beneficios o privilegios dentro del establecimiento penitenciario, podría

<sup>166</sup> Fundamental para el desarrollo del argumento en nuestro país, MAÑALICH, Juan Pablo, “Pena y ciudadanía”, en KINDHÄUSER, Urs y MAÑALICH, Juan Pablo, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, Buenos Aires, B de F, 2011, p. 138 y ss.

hablar de, simplemente, el cumplimiento efectivo de la ley y de cómo habremos de velar por su protección por la vía del control judicial.

## Bibliografía

- AA. VV., *Diseño normativo e institucional para la implementación de jueces de penas y medidas de seguridad en Chile*, Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho, 2009.
- ARRIAGADA, Isabel, “Cárceles privadas: La superación del debate costo-beneficio”, en *Polít. crim.*, vol. 8, n° 15, 2013.
- BARATTA, Alessandro, “Resocialización o control social. Por un concepto crítico de ‘reintegración social’ del condenado”, en BARATTA, Alessandro, *Criminología y sistema penal*, Buenos Aires, BdeF, 2004.
- CARNEVALI, Raúl y MALDONADO, Francisco, “El tratamiento penitenciario en Chile. Especial atención a problemas de constitucionalidad”, en AA. VV., *El tratamiento penitenciario. Resocialización del delincuente*, Arocena, Gustavo (dir.), Buenos Aires, Hammurabi, 2013.
- CENTRO DE DERECHOS HUMANOS UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES. *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2007. Hechos 2006*, Santiago, Universidad Diego Portales, 2007.
- , “Sistema penitenciario y Derechos Humanos”, en *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2010*, Santiago, Universidad Diego Portales, 2010.
- , “Sistema penitenciario y derechos humanos”, en *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2011*, Santiago, Universidad Diego Portales, 2011.
- COMFORT, Megan, *Doing time together. Love and family in the shadow of the prison*, Chicago, The University of Chicago Press, 2007.
- CORDERO, Eduardo, “El control jurisdiccional de la actividad de la administración penitenciaria”, en *Informes en Derecho. Doctrina procesal*

- penal 2009, Santiago, Departamento de Estudios de la Defensoría Penal Pública, 2010.
- COUSO, Jaime y MERA, Jorge, "Hacia un sistema de control de la ejecución de penas privativas de libertad", en *Boletín Jurídico del Ministerio de Justicia*, n° 4-5, Santiago, 2003.
- COUSO, Jaime y HERNÁNDEZ, Héctor (dirs.), *Código Penal Comentado*, Santiago, Legal Publishing Chile/Universidad Diego Portales, 2011.
- CURY, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, 8ª ed., Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2005.
- DIRECCIÓN DE ESTUDIOS SOCIOLOGICOS, "Evaluación y Sistematización del Modelo y Sistema de Defensa Penitenciaria", Instituto de Sociología, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2010.
- FEBST, Johannes, "La protección jurídica en el ámbito carcelario alemán: derechos y procedimientos según la ley y su aplicación en la práctica", ponencia realizada en Santiago de Chile, Aula Magna de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 21 y 22 de agosto de 2003.
- FERNÁNDEZ, José y OLAVARRÍA, Malva, "Teoría y práctica de la acción de revisión en el nuevo Código Procesal Penal, causal letra d) del artículo 473", en *Ius et Praxis*, año 15, n° 2, 2009.
- FERRADA, Juan Carlos; BORDALÍ, Andrés y CAZOR, Kamel, "El recurso de protección como mecanismo de control jurisdiccional ordinario de los actos administrativos: una respuesta inapropiada a un problema jurídico complejo", en *Revista de Derecho* (Valdivia) XIV, 2003.
- FERRADA, Juan Carlos, "Los procesos administrativos en el Derecho chileno", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXVI, 1/2011.
- FOUCAULT, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, Gedisa, 1992.
- , *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2002.

- GUZMÁN DALBORA, José Luis, "Consideraciones críticas sobre el reglamento penitenciario chileno", en *Gaceta Jurídica*, n° 168, 1994.
- , *La pena y la extinción de la responsabilidad penal*, Santiago, Legal Publishing Chile, 2008.
- HORVITZ, María Inés, "Ejecución de las sentencias condenatorias y de las medidas de seguridad", en HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián, *Derecho Procesal Penal chileno*, t. II, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004.
- KENDALL, Stephen, *La tutela judicial efectiva en la relación jurídica penitenciaria*, Santiago, Librotecnia, 2010.
- KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER, Carlos, "La judicialización de la ejecución penal", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXVI, 1/2005.
- LARGO, Eliana, *Estándares Internacionales en materia de personas privadas de libertad y condiciones de los centros penitenciarios. Sistematización, análisis y propuestas*, Santiago, Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2012.
- LEÓN, Marco Antonio, "Documentos para la historia de las prisiones en Chile en el siglo XX (1911-1965)", en *Revista Chilena de Historia del Derecho*, n° 20, 2008.
- MAÑALICH, Juan Pablo, "El derecho penitenciario entra la ciudadanía y los derechos humanos", en *Revista de Criminología e Ciencias Penitenciarias*, año 1, n° 2, 2011.
- , "La pena como retribución", en *Estudios Públicos*, n° 108, 2007.
- , "Pena y ciudadanía", en KINDHÄUSER, Urs y MAÑALICH, Juan Pablo, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, Buenos Aires, B de F, 2011.
- MARDONES, Felipe, "La doctrina de las relaciones de sujeción especial en la jurisprudencia", Documento de trabajo n° 1/2011, Defensoría Penal Pública, Unidad de Defensa Penitenciaria, 2011.

- MARDONES, Felipe y SALINERO, María Alicia, "Traslados", Unidad de Defensa Penitenciaria, Documentos de Trabajo n° 2/2012.
- MORAGA, Claudio, "Notas al procedimiento administrativo y la doctrina chilena", en PANTOJA, Rolando (coord.) *Derecho Administrativo. 150 años de Doctrina*, Santiago, Editorial Jurídica, 2009.
- MORALES, Ana María, "Redescubriendo la libertad condicional", en *Conceptos*, n° 30, Fundación Paz Ciudadana, 2013.
- NASH, Claudio; MILOS, Catalina y AGUILÓ, Pedro, *Personas privadas de libertad y medidas disciplinarias en Chile. Análisis y propuestas desde una perspectiva de derechos humanos*, Santiago, Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2013.
- ROXIN, Claus, "Sentido y límites del poder estatal", en ROXIN, Claus, *Problemas básicos del Derecho penal*, Madrid, Reus, 1976.
- SALINERO, María Alicia, "Los permisos de salida en la legislación chilena", Informe en Derecho en Defensoría Nacional, Centro de Estudios y Proyectos, Santiago, 2007.
- SEPÚLVEDA, E. y SEPÚLVEDA, P., "A 83 años del establecimiento de la libertad condicional en Chile: ¿un beneficio desaprovechado?", en *Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciarios*, n° 13, Gendarmería de Chile, 2008.
- STIPPEL, Jörg, *Las cárceles y la búsqueda de una política criminal para Chile*, Santiago, LOM, 2006.
- VALENZUELA, Jonatan, "Estado actual de la reforma al sistema penitenciario en Chile", en *Revista de Estudios de la Justicia*, n° 6, 2005.
- ZÚÑIGA, Francisco, "La Corte Suprema y sus competencias. Notas acerca de su potestad normativa (autos acordados)", en *Ius et Praxis*, vol. 4, n° 1, 1998.

## CAPÍTULO III

### EL CONTROL JUDICIAL DE LA PROGRESIVIDAD DE LA PENA EN CHILE

#### POR AHORA, UNA TAREA PENDIENTE

Por Ignacio Castillo Val<sup>1</sup>

**Sumario:** I. Introducción. II. El sistema de penas privativas de libertad en el CP chileno y su progresividad. III. La progresividad de la pena en el sistema de penas privativas de libertad en Chile. III.a. Los permisos de salidas o beneficios intrapenitenciarios. III.b. El Traslado a los CET. III.c. La libertad condicional. IV. Claroscuro en el control de las penas privativas de libertad. V. Las penas sustitutivas en Chile. VI. Desafíos del control judicial de la progresividad de las penas sustitutivas. VII. Conclusiones. Bibliografía.

#### I. Introducción

La pena representa la forma más extrema de interferencia (en forma *coactiva*) que el Estado puede ejercer sobre un individuo<sup>2</sup>. Lo anterior,

<sup>1</sup> Abogado y Magíster en Derecho Penal. Doctorando en Derecho Penal en la *Università degli Studi di Milano* y en la *Universitat Pompeu Fabra*. Integrante del Centro de Estudios de Derecho Penal de la Universidad de Talca, Chile. C. e.: igcastillo@utalca.cl. Agradezco, con especial afecto, a Luis Vergara Cisterna por sus agudos y valiosos comentarios al texto; siento con él casi una relación de copartícipe por el resultado de este. Pero eso sería injusto: seguramente los defectos que persistan en el texto se deben más a mi obstinación que a su falta de previsión.

<sup>2</sup> RAZ, Joseph, *The Morality of Freedom*, Oxford. Clarendon Press, 1988, p. 418.