

INFORMES EN DERECHO

**DOCTRINA PROCESAL PENAL
2009**

EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA ACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PENITENCIARIA

EDUARDO CORDERO Q.

Abreviaturas

- COT : Código Orgánico de Tribunales.
 CPP : Código Procesal Penal.
 CPR : Constitución Política de la República.
 LBGAE : Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, N° 18.575.
 LBPA : Ley de Bases que rigen los procedimientos de los actos de la Administración del Estado, N° 19.880.
 LOGCH : Decreto Ley N° 2859, de 1979, del Ministerio de Justicia que fija la ley orgánica de Gendarmería de Chile.
 LOMJ : Decreto Ley N° 3.346, de 1980, del Ministerio de Justicia, que fija el texto de la Ley Orgánica del Ministerio de Justicia.
 REP : Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, Decreto Supremo N° 518, de 1998, del Ministerio de Justicia que aprueba el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios.
 ROMJ : Decreto Supremo N° 1.597, de 1980, del Ministerio de Justicia, que Aprueba el Reglamento Orgánico del Ministerio de Justicia.

INFORMES EN DERECHO

- v. *La desviación de poder.*
- vi. *Vicio de forma.*

- b) Actos materiales.

6) APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DEL CONTROL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO:
EL CASO DE LAS ORDENES DE TRASLADO Y LOS PERMISOS DE SALIDA.

- a) Los trasladados.
- b) Los permisos de salida.

7) CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFÍA

INFORMES EN DERECHO

ÍNDICE

1. OBJETO DEL INFORME

2. INTRODUCCIÓN: RÉGIMEN PENITENCIARIO Y ESTADO DE DERECHO

3. ACTIVIDAD PENITENCIARIA Y ADMINISTRACIÓN PENITENCIARIA.

- a) Actividad penitenciaria y la Administración del Estado.
- b) La Administración Penitenciaria.

4. DERECHO ADMINISTRATIVO Y DERECHO PENITENCIARIO.

- a) Naturaleza del Derecho penitenciario.
- b) Fuentes del Derecho administrativo penitenciario.
- c) Los principios y normas comunes del Derecho administrativo.
- d) Naturaleza y fundamentos relación-jurídica entre la Administración y la población penitenciaria.

5. EL CONTROL DE LA ACTIVIDAD PENITENCIARIA.

- a) Aspectos generales.
- b) Naturaleza y sentido del control jurisdiccional de la Administración.
- c) Las acciones contenciosas administrativas en Chile.
- d) ¿Qué le corresponde revisar al juez?
 - i) *Actos administrativos, elementos, vicios y causales de nulidad.*
 - ii) *El control de la discrecionalidad.*
- e) Los mecanismos de control de la actividad penitenciaria.
 - i) *El contencioso administrativo penitenciario.*
 - ii) *Los actos que pueden ser objeto de control.*
 - iii) *La forma en que se debe ejercer el control*
- a) Actos administrativos. Análisis particular de los vicios y causales de nulidad.
 - i. *Investidura irregular.*
 - ii. *Incompetencia.*
 - iii. *Vicios en los motivos del acto administrativo.*
 - iv. *Ilegalidad en el objeto.*

1. OBJETO DEL INFORME

Se ha solicitado al suscrito por parte de la Defensoría Penal Pública un Informe en Derecho relativo al control jurisdiccional de la actividad de la Administración penitenciaria, en especial respecto de los traslados y permisos de salida, el cual debe comprender los siguientes contenidos:

- a) Posición sistemática de la Administración penitenciaria frente al Derecho Administrativo;
- b) El control de la Administración penitenciaria: el contencioso administrativo penitenciario y las reglas aplicables;
- c) El juez de garantía como tribunal de control de la ejecución y las reglas aplicables;
- d) Materias revisables por el juez de garantía y los demás órganos de control de la Administración penitenciaria. Revisión de órdenes de traslado y de permisos de salida.

Para analizar esta materia haré una breve introducción (2); para luego analizar la naturaleza de la Administración penitenciaria (3); la relación que se produce entre el Derecho administrativo y el Derecho penitenciario (4); el control jurisdiccional de la actividad penitenciaria (5); la aplicación de estos principios respecto de dos figuras de interés, como son los traslados y permisos de salida (6); para terminar formulando las conclusiones de este informe (7).

2. INTRODUCCIÓN: RÉGIMEN PENITENCIARIO Y ESTADO DE DERECHO

La situación de las personas que habitan en las unidades carcelarias es un tema que no ha merecido en nuestro país la atención suficiente por parte de las disciplinas jurídicas sino hasta época reciente. Más aún, siempre ha existido la sensación que la cárcel marca el punto de inflexión entre la efectiva vigencia del respecto a la ley y el comienzo de un régimen caracterizado por la enorme discrecionalidad de los órganos estatales, carente de todo control. Como bien lo señala Norval Morris "la cárcel debería ser, si el mundo no estuviera lleno de paradojas, el verdadero paradigma del reinado de la ley. Hasta hace poco años era, por el contrario, un territorio reservado a la discrecionalidad incontrolada, un coto de poder inmune al proceso legal".¹

Quien se introduce en este tema por vez primera le llama de inmediato la atención la discordancia que existe por el respecto 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. Más aún, a veces queda la impresión que los muros y barrotes de las cárceles no sólo son un límite a la libertad del recluso, sino también una barrera para el ingreso y aplicación del Derecho. Como bien sostienen Beltrán Gambier y Alejandro Rossi "parece contentarnos con saber que la sentencia concluye un período controvertido y que luego todo se limita a una cuestión de ejecución. Pocas veces se reflexiona acerca de la numerosa cantidad de decisiones administrativas que se generan dentro de las cárceles, así como del virtual

estado de indefensión que frente a ellas padecen los condenados y procesados que aguardan su sentencia".²

En los últimos tiempos estamos asistiendo a un cambio radical respecto de la visión que se tiene de los internos en los establecimientos penitenciarios ante el Derecho. Así, las políticas penitenciarias se elaboran a partir de una noción totalmente diferente respecto del sentido de la pena y la situación jurídica de los internos. En palabras de Francisco González Navarro, el interno "no es un esclavo del Estado, tampoco es un muerto viviente. Continúa teniendo la condición jurídica de persona y como tal debe ser tratado".³

En Chile las propias autoridades judiciales han llamado la atención sobre este problema, dando cuenta de ello al Gobierno y al Poder legislativo. Al efecto, cabe mencionar el Informe emitido por la Fiscal Judicial de la Corte Suprema el 1° de junio del presente año ante la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, donde se hace un profundo y descarnado análisis de la situación carcelaria de nuestro país, destacando dos puntos relevantes:

- a) El problema carcelario no se resuelve con la dictación de nuevas normas, sino por la aplicación efectiva de las disposiciones ya vigentes. Así, la Fiscal Judicial señala que "en Chile existe el marco legal y reglamentario suficiente para que el Estado cumpla con su deber de velar por la rehabilitación y reinserción social de los reclusos y respetar su dignidad, por lo que la solución de la problemática carcelaria que se arrastra en el tiempo, no pasa por la dictación de nuevas normas legales, sino por la voluntad de las autoridades del sector de implementar políticas penitenciarias, concretar las acciones que se planifiquen, y evaluar sus resultados".⁴
- b) La plena vigencia y aplicación de los Tratados y Acuerdos Internacionales sobre Derechos Humanos. Al efecto, el informe señala que "nuestro país ha suscrito y ratificado en los últimos años diversos Tratados y Resoluciones Internacionales que buscan hacer respetar la dignidad de la persona humana. En tal sentido, Chile ratificó la Resolución N°45/111 de la Asamblea General de Naciones Unidas, de fecha 14 de diciembre de 1991, norma que ha establecido principios básicos para el tratamiento de los reclusos. De acuerdo a estas disposiciones, todo recluso debe ser tratado con el respeto que merece su dignidad y valor inherente de ser humano, y no puede ser objeto de discriminación alguna por el hecho de estar privado de libertad. [...] Con excepción de las limitaciones propias del encierro, todos los reclusos siguen gozando de los derechos humanos y las libertades fundamentales consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos; en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, normas incorporadas a la legislación nacional. Nuestro país, con la ratificación de la citada Resolución, se ha comprometido y obligado a abolir o restringir el uso del aislamiento en celda de castigo como sanción disciplinaria. Así también, se ha obligado como Estado a crear las condiciones que permitan a los reclusos realizar actividades que faciliten su rein-

2 GAMBIER, Beltrán y ROSSI, Alejandro. *Derecho administrativo penitenciario*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000, p. 18.

3 GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco. *Poder domesticador del Estado y derechos del recluso*, en *Estudios de la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría* (Madrid, Civitas, 1991), p. 1117.

4 Informe de la Fiscal Judicial de la Corte Suprema a la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, 1° de junio de 2009, p. 14.

1 Morris, Norval. *El futuro de las prisiones* (6° ed. México, Siglo XXI, 2002), p. 9.

INFORMES EN DERECHO

serción, y les permitan contribuir al sustento económico de su familia y al suyo propio. Es obligación del Estado crear las condiciones necesarias para la reincorporación del recluso en la sociedad, y en las mejores condiciones posibles, de modo de disminuir los actuales índices de criminalidad y reincidencia, contribuyendo así al bien común de toda la sociedad".⁵

Por su parte, la Corte de Apelaciones de Santiago y la Corte Suprema han sido enfáticas en señalar que la falta de los recursos económicos, presupuestarios y financieros para materializar las garantías de los reclusos no excusa a la Autoridad Penitenciaria para mantenerlos en condiciones que están por debajo del mínimo de lo humanamente aceptable. A su vez, señalan que los sentenciados tienen una condición jurídica idéntica a las de los ciudadanos libres, de manera que no pueden ser sometidos a tratos inhumanos, lo cual es contrario a toda esperanza de reinserción.⁶

Por su parte, las modificaciones introducidas al Reglamento de Establecimientos Penitenciarios por el DS N° 1.248 de 2006, establecen expresamente este principio en su artículo 4° al señalar que:

Artículo 4°.- La actividad penitenciaria se desarrollará con las garantías y dentro de los límites establecidos por la Constitución Política de la República, los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, las leyes y sus reglamentos y las sentencias judiciales.

Los funcionarios que quebranten estos límites incurrirán en responsabilidad, de acuerdo con la legislación vigente.

Así las cosas, la situación jurídica en la cual se encuentra la población penitenciaria no se configura como un régimen de excepción a los principios y normas que dan sustento al Estado de Derecho. Por el contrario, los órganos del Estado debe respetar y actuar conforme al ordenamiento jurídico que los rige y los internos tienen derechos que deben ser respetados y promovidos por parte de las entidades estatales que tienen a su cargo la Administración penitenciaria.

3. ACTIVIDAD PENITENCIARIA Y ADMINISTRACIÓN PENITENCIARIA

a) Actividad penitenciaria y la Administración del Estado

Las personas que han sido condenadas, se encuentran detenidas o sujetas a prisión preventiva están sometidas a lo que se denomina la *actividad penitenciaria* que tiene a su cargo el Estado y en cuya virtud se cumple lo dispuesto por los Tribunales de Justicia en el orden penal o, en su caso, las medidas que adoptan de forma excepcional los órganos de policía sin orden previa de la autoridad judicial.

Estrechamente vinculado al sistema de justicia penal, la población penitenciaria está integrada por aquellas personas que se encuentran en diversas situaciones procesales (detención, medidas cautelares o cumplimiento de una condena), respecto de las

⁵ *Idem*, pp. 14 y 15.

⁶ Considerando décimo y décimo tercero, Sentencia de la Corte Apelaciones de Santiago de 31 de agosto de 2009, Rol N° 21.54-2009, confirmada por la Corte Suprema con fecha 7 de septiembre de 2009, Rol N° 6243-2009.

cuales se requiere su internación en establecimientos públicos y concesionados con el fin de dar cumplimiento y asistir a la función jurisdiccional en el ámbito penal. Esto implica la existencia de toda una estructura administrativa destinada a la realización de dicha función, para lo cual deberá contar con una dotación de funcionarios y de la infraestructura necesaria para el efecto.

Ahora bien, nuestro ordenamiento jurídico asigna esta función a órganos que integran la Administración del Estado, a quienes les corresponden, en principio, la vigilancia y custodia de estas personas, las que en su conjunto integran lo que se denomina población penal o penitenciaria.⁷ Por lo tanto, la actividad penitenciaria constituye una función administrativa, la cual se puede definir como 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.⁸

De esta forma, la actividad penitenciaria supone la existencia de dos categorías de sujetos: la Administración pública y la población penal. A su vez, entre ellos se van a forjar un conjunto de vínculos o relaciones jurídicas que necesariamente han de estar regidas por normas objetivas pertenecientes al Derecho público, particularmente al Derecho administrativo.

b) La Administración Penitenciaria

Siendo la actividad penitenciaria una actividad encomendada a órganos que integran la Administración del Estado, nos corresponde establecer cuáles son estos órganos o entidades que cumplen esta labor.

Al efecto es bueno tener presente que la función de gobierno y administración está encomendada en Chile al Presidente de la República, conforme lo establece el artículo 24 CPR y lo confirma el artículo 1° LBGAE. Para tal efecto, el Presidente cuenta con la colaboración de los órganos que determina la propia Constitución y las Leyes, los cuales integran la Administración del Estado (artículo 38 CPR).

Ahora bien, la Administración del Estado está compuesta por una multiplicidad de órganos y personas jurídicas, tal como lo confirma el inc. 2° del artículo 1° LBGAE, las cuales tienen distintas funciones y naturaleza. Dentro de las funciones cabe distinguir aquellas que le corresponde a los Ministerios y los servicios públicos.

Nuestra legislación dispone que los Ministerios son los órganos superiores de colaboración del Presidente de la República en las funciones de gobierno y administración de sus respectivos sectores, los cuales corresponden a los campos específicos de actividades en que deben ejercer dichas funciones. Estas funciones se traducen

⁷ Del artículo 1° REP dispone que la actividad penitenciaria tiene como fin primordial tanto la atención, custodia y asistencia de detenidos, sujetos a prisión preventiva y condenados, como la acción educativa necesaria para la reinserción social de los sentenciados a penas privativas de libertad o sustitutivas de ellas.

⁸ Es una cuestión multisecular la determinación del concepto de función administrativa. La respuesta más simple proviene de la concepción negativa o residual de la misma formulada por Otto Mayer y George Jellinek, para quienes la función administrativa es aquella actividad estatal que no es legislativa y judicial. No obstante los reparos que se siguen formulando al respecto, lo cierto es que la naturaleza de la actividad penitenciaria se resuelve adecuadamente siguiendo este camino, en la medida que no es una función jurisdiccional, aun cuando este estrechamente unida a ella, como tampoco - como es evidente - se corresponde con la actividad legislativa. Véase Mayer, Otto, *Derecho Administrativo Alemán* (Buenos Aires, Depalma, 1984) T. I, p. 10.

fundamentalmente en las de proponer y evaluar las políticas y planes correspondientes, estudiar y proponer las normas aplicables a los sectores a su cargo, velar por el cumplimiento de las normas dictadas, asignar recursos y fiscalizar las actividades del respectivo sector.⁹

Por su parte, los servicios públicos son definidos como órganos administrativos encargados de satisfacer necesidades colectivas, de manera regular y continua. En tal sentido, están sometidos a la dependencia o supervigilancia del Presidente de la República a través de los respectivos Ministerios, cuyas políticas, planes y programas les corresponderá aplicar¹⁰. Así, los servicios públicos les corresponden una función de ejecución respecto de estas políticas, planes, programas y normas determinadas por los Ministerios.¹¹

Esta estructura básica se proyecta en la Administración penitenciaria, en la medida que ésta se asigna y configura a partir de un Ministerio y un servicio público, esto es, el Ministerio de Justicia y Gendarmería de Chile.

La Ley Orgánica del Ministerio de Justicia dispone que esta entidad estará encargada esencialmente de relacionar al Poder Ejecutivo con el Poder Judicial y de ejecutar las acciones que la ley y el Presidente de la República le encomienden (artículo 1°). En la materia que nos interesa, el artículo 2° establece que le corresponde, entre otras funciones, formular las políticas, planes y programas sectoriales, en especial respecto del tratamiento penitenciario y la rehabilitación del reo (letra c), así como controlar su cumplimiento y evaluar sus resultados (letra d); y dictar normas e impartir instrucciones a que deben sujetarse sus servicios dependientes y fiscalizar su cumplimiento (letra e). Asimismo, le corresponde crear establecimientos penales y de tratamiento y rehabilitación penitenciarios (letra f) y pronunciarse sobre los proyectos y ejecución de obras de Gendarmería de Chile, y sus prioridades (letra s).¹²

Por su parte, la Ley Orgánica de Gendarmería define a esta institución como un servicio público dependiente del Ministerio de Justicia, que tiene por finalidad atender, vigilar y rehabilitar a las personas que por resolución de autoridades competentes, fueren detenidas o privadas de libertad y cumplir las demás funciones que le señale la ley (artículo 1°). Entre otras funciones le corresponde dirigir todos los establecimientos penales del país, aplicando las normas previstas en el régimen penitenciario que señala la ley y velar por la seguridad interior de ellos, así como custodiar y atender a las personas privadas de libertad (artículo 3°).

Así las cosas, los órganos que integran la Administración penitenciaria son el Ministerio de Justicia en la fijación de las políticas, planes, programas y normas, y Gendarmería de Chile, en la ejecución de los mismos dentro del marco jurídico previsto por nuestro

9 Artículo 22 LBGA. Esta norma dispone en su inc. 3° que en circunstancias excepcionales, la ley podrá encomendar alguna de las funciones señaladas en el inciso anterior a los servicios públicos. Asimismo, en los casos calificados que determine la ley, un ministerio podrá actuar como órgano administrativo de ejecución.

10 Artículo 28 LBGA.

11 Véase, entre otras obras, PANTOS BACSA, Rolando, *La organización del Estado* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004).

12 Al efecto la LOMJ establece que la Subsecretaría del Ministerio estará constituida por una División de Defensa social a la cual le corresponde estudiar y proponer las orientaciones fundamentales que el Ministerio requiera en el campo de la prevención del delito, del tratamiento del delincuente y de la protección y rehabilitación de los menores (artículos 10 y 13). Estas funciones son desarrolladas posteriormente en el ROMJ, especialmente en sus artículos 21 y ss.

ordenamiento.¹³ En buenas cuentas, la estructura general de la Administración del Estado se proyecta en el ámbito penitenciario a través de estos órganos que actúan bajo la personalidad jurídica del Estado-Fisco, integrando lo que se conoce como Administración centralizada.

4. DERECHO ADMINISTRATIVO Y DERECHO PENITENCIARIO

a) Naturaleza del Derecho penitenciario

En el entendido que los órganos del Estado que participan del régimen penitenciario forman parte de la Administración del Estado, es evidente que tanto en su organización como en el ejercicio de sus funciones se han de regir por aquél sector del ordenamiento jurídico que rige a los órganos y personas jurídicas públicas que cumplen una función administrativa, es decir, el Derecho administrativo.

Sin embargo, se ha de reconocer que esta materia no es del todo pacífica, pues desde el primer decenio del pasado siglo —cuando se ha forjado su denominación¹⁴— han comenzado los esfuerzos por sostener la autonomía del Derecho penitenciario, especialmente por parte de la doctrina italiana.¹⁵ Esto ha llevado a distinguir entre Derecho penal, Derecho procesal penal y ejecución penal. Más aún, se ha postulado denominar a esta disciplina como Derecho de ejecución penal, colocando al Derecho penitenciario como una parte del mismo destinado a la ejecución de las penas privativas de libertad.¹⁶

Por su parte, los penalistas no han dejado de reclamar la pertenencia de esta materia a su disciplina, tal como lo sostiene Manuel de Rivacoba al señalar que “como el delito reclama la pena y ésta lo supone y es ininteligible sin él, de modo que ambos se complementan y se constituyen en los dos objetos esenciales de una normatividad única y de la ciencia que la estudie, la ejecución no puede pertenecer a ninguna rama que no sea la de la pena, que es la misma que la del delito, el Derecho criminal o penal [...] en resumen, que en un examen atento y detenido de la cuestión no se justifica ni un Derecho de ejecución penal, o de las penas, ni, menos, un Derecho penitenciario”.¹⁷

13 El REP establece en su artículo 3° que para los efectos de dicha norma las expresiones “Administración Penitenciaria” y “Administración” se entenderán referidas a Gendarmería de Chile. Sin embargo, se ha de tener presente que este concepto es restrictivo, en la medida que sólo abarca al servicio público a cargo de la ejecución de las políticas, planes, programas y normas en materia penitenciaria.

14 El término habría sido utilizado por primera vez por parte de N. H. KRIESSMAN en su obra *Einführung in die Gefängniswissenschaft* (Heidelberg, Carl Winter-Universitätsbuchhandlung, 1912) traducida posteriormente por BANCES, R. P. como *Prácticas penitenciarias* (Madrid, Imp. de Albedur del Mundo, 1917).

15 El trabajo de Giovanni Novelli titulado *L'autonomia del Diritto penitenziario* publicado en la *Rivista di Diritto Penitenziario* en el año 1933 es considerada el manifiesto fundacional de esta nueva disciplina. Cfr. RIVACOBA y RIVACOBA, MANUEL, *Objeto, funciones y principios del denominado Derecho penitenciario en Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado* N°2 (2000).

16 En tal sentido véase GARCÍA RIVERA, Sergio, *La prisión* (México, Fondo de Cultura Económica-Universidad Nacional Autónoma de México, 1975), p. 45; FLEISCH, Stanislaw, *Brof penitentiare* (Lille, Université de Lille III, 1977), pp. 29 y 30; RIVACOBA y RIVACOBA, MANUEL, *El derecho de ejecución de las penas y su enseñanza en Revista Penal-Penitenciaria de Santa Fe*, 3-4 (1965), pp. 123-141.

17 RIVACOBA, (nota 13).

INFORMES EN DERECHO

Tampoco se han quedado atrás los procesalistas, especialmente Francesco Carnelutti, quien comprende el estudio los temas penitenciarios dentro del Derecho procesal: desde la elección de ambientes a la observación a que deben ser sometidos los reclusos —corporal y espiritualmente—, modalidades de trabajo en reclusión y hasta el equipo que en la prisión debe darse al allí retenido.¹⁸

Por tal razón, no es de extrañar que los administrativistas de forma casi unánime también sostengan la naturaleza jurídico-administrativa de esta disciplina.¹⁹ Por lo demás, el propio N. H. Kriegsmann afirmó que el Derecho penitenciario estaba vinculado a la actuación del Poder Ejecutivo, de manera que integra el Derecho administrativo, aunque continuaba subordinado a los principios del Derecho penal y el Derecho procesal.²⁰ Por su parte Giovanni Novelli destacó también este carácter mixto del Derecho penitenciario. Hay que tener presente la importancia que tienen Kriegsmann y Novelli para el Derecho penitenciario, tanto en la denominación que le dio el primero y la autonomía en su estudio sostenido por parte del segundo. Por lo demás, esta opinión es seguida por destacados autores vinculados al Derecho penal, como Beeche,²¹ Tesaurio,²² Lüder,²³ Siracusa,²⁴ Maurach²⁵ y Soler.²⁶

Ahora bien, esta postura no ha estado exenta de críticas formuladas a partir de la idea que la discrecionalidad administrativa puede significar una vía de escape al imperio de la ley, generando una peligrosa desigualdad entre la etapa judicial y de ejecución de la pena.²⁷ Sin embargo, en la actualidad esta posición no se justifica en la medida que el Derecho administrativo ha ido desarrollando diversas técnicas destinadas a garantizar el control de la discrecionalidad a fin de encauzarla bajo reglas objetivas

y precisas. A su vez, en el ámbito disciplinario y de las sanciones administrativas es donde se ha fortalecido con mayor fuerza este punto, al momento de proyectar los principios penales en el orden administrativo, como la legalidad, irretróactividad y culpabilidad. Por último, la posibilidad de obtener por la vía jurisdiccional una revisión de dichos actos es una cuestión bastante asentada en nuestro Derecho y que no marca una diferencia sustancial entre la posición que debe adoptar un juez contencioso-administrativo y un juez de ejecución.

Por su parte, no se puede desconocer que la ejecución de la pena tiene una estrecha relación con el Derecho penal sustantivo y procesal. Por lo demás, nuestra legislación da cuenta de ello al disponer que "las facultades, derechos y garantías que la Constitución Política de la República, este Código y otras leyes reconocen al imputado, podrán hacerse valer por la persona a quien se atribuyere participación en un hecho punible desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra y hasta la completa ejecución de la sentencia" (inc. 1º artículo 7º CPP).

Ahora bien, dada la falta de acuerdo sobre la materia se llega muchas veces a formular teorías eclécticas, las cuales revelan la incapacidad de dar una solución adecuada al programa. Tal como lo señala Antonio Cano Matta "en el fondo, esta posición no está muy lejos de la de aquellos autores, procedentes de los más diversos campos, que al observar la complejidad del problema lo eluden consciente o inconscientemente y nos hablan de lo penitenciario como de algo oscuro e híbrido, donde se entremezclan conceptos penales, procesales, administrativos, médicos, sociológicos, etc., sin armonía suficiente para dotar a esta materia de autonomía".²⁸

Escapa al objeto de este informe zanjar un tema de larga data, pero debemos reconocer que en el Derecho penitenciario confluyen diversas ramas del Derecho, una de las cuales es el Derecho administrativo. De ahí que en el último tiempo se hable de un Derecho administrativo penitenciario, el cual ha sido objeto de estudio y análisis dentro de lo que se conoce como Derecho administrativo especial.²⁹ Esta perspectiva de análisis se funda en el hecho que el Derecho administrativo aporta conceptos y categorías que permiten explicar la naturaleza de los sujetos que intervienen, la forma como se configuran sus relaciones jurídicas, el régimen de sus procedimientos y actos, así como los principios que han de aplicarse al sistema disciplinario y las técnicas de control por la vía judicial, cuestión que se puede constatar fácilmente:

- a) Los sujetos que integran la Administración penitenciaria forman parte de la Administración del Estado (Ministerio de Justicia y Gendarmería), tal como lo señala expresamente el artículo 1º LBGAE;
- b) Los procedimientos de la Administración penitenciaria son de naturaleza administrativa, en la medida que la propia Ley N° 19.880, que establece las Bases que rigen los actos de la Administración del Estado, se aplica a las actuaciones formales del Ministerio de Justicia y Gendarmería de Chile (artículo 2º).

28 Cano Matta (nota 18), p. 33.

29 Adoptando la clásica distinción del Derecho penal, la doctrina moderna separa el estudio del Derecho administrativo en un parte general y otra especial. Véase el trabajo colectivo editado por Ericsson, Hans-Uwe y Schwärz, Assmann, Eberhard, *Allgemeines und Besonderes Verwaltungsrecht* (14 ed., Berlín, De Gruyter, 2008), y en las ediciones de la obra de Paulo Achenso, Luciano (coord.), *Manual de Derecho Administrativo* (5ª ed., 2 v. Barcelona, Ariel, 1998) y especialmente el trabajo de BERMEO VERA, José, *Derecho Administrativo Especial* (6ª ed., Madrid, Civitas, 2005).

INFORMES EN DERECHO

18 CARNELUTTI, Francesco, *Lecciones sobre el proceso penal* (Buenos Aires, Ediciones jurídicas Europa-América, Bosch y Cia, Editores, 1950).

19 SIEGEL, Ludwig, *Derecho Administrativo* (Barcelona-Buenos Aires, Editorial Labor, 1933); FLEISHER, Fritz, *Instituciones de Derecho Administrativo* (Barcelona, Editorial Labor, traducción sobre la 8.a ed. del alemán, 1933); GASSOW y MARIN, José, *Tratado de Derecho Administrativo* (10ª ed., Madrid, Bernago, 1950); GUARÍA MARQUELLI, Aurelio, *Derecho Administrativo especial* (Zaragoza, Librería General, 1960); CANO MATA, Antonio, *Derecho administrativo penitenciario: Protección del Recluso en Revista de Administración Pública* N° 76 (1975), pp. 31-61, y el trabajo de GAMBIER y Rossi, *op. cit.* nota 2.

20 KRIEGSMANN, (nota 13), pp. 169-172 de la traducción castellana.

21 BEECHE, Hector, *Sistemática de la ciencia penitenciaria en Revista de Estudios Penitenciarios* Nos. 67 a 74 (1950-1951), p. 9.

22 TESAURO, Francesco, *La natura e la funzione del diritto penitenziario en Rivista di Diritto Penitenziario*, pp. 237 y ss. (1959), pp. 12-14.

23 LÜDER, Italo A., *El sistema jurídico de la ejecución penal* (La Plata, Instituto de Investigaciones y Docencia Criminológicas, 1959), pp. 12-14.

24 SIRACUSA, Francesco, *Istituzioni di Diritto penitenziario* (Milano, Ulrico Hoepli Editore, 1935), pp. 13-21.

25 MAURACH, Reinhart, *Tratado de Derecho penal* (2 v., Ariel, Barcelona, 1962-1963), T. I, pp. 15-16, y T. II, pp. 505-506.

26 SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino* (El Ateneo, Buenos Aires-Córdoba, 1940), T. I, pp. 13-14.

27 En tal sentido RIVACCOA (nota 13) sostiene que el rasgo verdaderamente original, significativo y valioso de este intento, empero, reside en su derrocado afán por extraer de la discrecionalidad y vagariedad de lo administrativo el cumplimiento de las penas privativas de la libertad y extender a él el imperio del principio de legalidad, sometiendo a rigurosas y precisas normas jurídicas e igualándolo así con la ejecución de las demás. Acaso quien lo ha puesto en claro con mayor decisión y análisis sea Quintano Ripollés, por lo cual, pese a la extensión de la cita, merece la pena recordar con entera fidelidad sus palabras: "La règle nullum crimen sine lege imperativa dans toute civilisation s'ignore de ce nom, doit s'accompagner de la règle nulla poena sine lege: tant vis-à-vis de la peine au point de vue abstrait que de son exécution concrète. Le Droit ne peut pas se désintéresser du condamné après les prononçes de la condamnation: et le priver de sa protection suprême en le livrant à l'arbitraire juridique d'une administration qui le punit en charge sans être tenue par les garanties juridico-judiciaires qui sont la raison d'être du Droit lui-même. L'arrêt de condamnation, qui établit une peine, maintient la relation juridique entre la société et le délinquant bien qu'il le transforme", argumento que se remacha con el siguiente: "Procéder par la voie administrative équivaut à priver le Droit pénal de l'essence libérale inhérente à notre culture occidentale puisqu'elle revient à recourir à néant le dogme impératif de la légalité".

INFORMES EN DERECHO

- c) En el mismo sentido, su actuación formal o jurídica (permisos, traslados, sanciones, etc.) se expresa a través de actos administrativos (decretos supremos o resoluciones) que gozan de una presunción de legalidad, son actos de imperio y autorizan su ejecución de oficio, sin perjuicio que se puedan impugnar por la vía administrativa o jurisdiccional (artículo 3° LBPA).
- d) El régimen disciplinario se comprende dentro de las normas y principios que integran el Derecho administrativo sancionador.

En tal sentido, podemos definir el 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 población penitenciaria.³⁰

En la medida que el Derecho penitenciario reconoce un pilar importante en el Derecho administrativo, es aplicable a los órganos de la Administración penitenciaria y a las personas que están sometidas a esta relación jurídico-administrativa (población penitenciaria) los principios y normas que conforman el estatuto común de la Administración del Estado, partiendo por la Constitución, las Bases Generales de la Administración del Estado (LBGAE), el régimen de sus funcionarios (Estatuto Administrativo), sus actos y procedimientos (LBPA), las compras que realicen (Ley N° 19.886), la transparencia de la función pública y acceso a la información (Ley 20.285), etc., con las excepciones que contemplan sus estatutos especiales.

b) Fuentes del Derecho administrativo penitenciario

El artículo 4 REP dispone que "*la actividad penitenciaria se desarrollará con las garantías y dentro de los límites establecido por la Constitución Política de la República, los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, las leyes y sus reglamentos y las sentencias judiciales*".

Lo dispuesto en esta norma no constituye una novedad, en la medida que todos los órganos del Estado — incluidos aquellos que integran la Administración del Estado — deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella (artículos 6° CPR y 2° LBGAE). Así las cosas, el bloque de legalidad al cual se encuentra sometida la Administración penitenciaria estará constituido por las siguientes normas:

- a) La Constitución en todos sus aspectos, especialmente en su parte dogmática (Bases de la Institucionalidad, derechos y deberes constitucionales, etc.), como orgánica (Gobierno, Poder Judicial, Contraloría, etc.).
- b) Los Tratados Internacionales, especialmente aquellos que reconocen derechos que emanan de la naturaleza humana, los que ocupan una suerte de posición intermedia entre la Constitución y la legislación en los términos del artículo 5° CPR.
- c) La Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (LBGAE), en la medida que establece un conjunto de disposiciones y principios

³⁰ Esta es por lo demás la terminología adoptada por la doctrina. Véase, entre otras, el trabajo de GAMBIER y ROSS, *op. cit.* nota 2.

INFORMES EN DERECHO

aplicables a todos los órganos de la Administración del Estado (legalidad, responsabilidad, eficiencia y eficacia, probidad, transparencia y publicidad, etc.), así como normas básicas de organización.

- d) Las normas legales que configuran el Estatuto común de la Administración (procedimiento administrativo, estatuto de los funcionarios, compras públicas, acceso a la información, administración financiera, control, etc.).
- e) Las normas legales específicas que regulan el régimen penitenciario (Ley y reglamento orgánico del Ministerio de Justicia; Ley orgánica de Gendarmería de Chile).
- f) Normas reglamentarias, particularmente el Reglamento de Establecimientos penitenciarios.
- g) Otras normas administrativas, como pueden ser las circulares e instrucciones que se emitan.

De esta forma aparece la estructura piramidal del ordenamiento jurídico, respecto del cual no es ajeno el Derecho penitenciario, en la medida que la unidad de este sistema descansa, en definitiva, en la Constitución. Así se entiende que son válidas y vinculantes las normas dictadas conforme a ella, ya sean tratados, leyes o normas administrativas.

c) Los principios y normas comunes del Derecho administrativo

En la medida que el Derecho penitenciario encuentra en el Derecho administrativo un pilar importante, se han de aplicar un conjunto de principios y normas que rigen en esta disciplina. Bien se ha señalado que el Derecho administrativo constituye un verdadero estatuto de las Administraciones públicas, de tal forma que a partir del mismo se pueden extraer un conjunto de principios propios de dicho régimen los cuales permiten interpretar sus normas y poder integrar los vacíos que puedan existir en sus disposiciones.

Por su parte, nuestro legislador ha llevado al extremo estas ideas a través de la consagración positiva de determinados principios, muchos de los cuales no tienen la fortuna, finura o técnica que permita sostener tal carácter. Así por lo demás ha ocurrido en la Ley N° 19.880 (LBPA) y en la Ley N° 20.285 (Acceso a la Información). Quizás en esta materia ha sido más afortunada a la LBGAE, la cual se limitó en su texto original a establecer determinadas normas generales que debían regir a todos los órganos de la Administración del Estado, sin perjuicio que con la Ley N° 19.653 se introdujo esta regulación principal, como se puede ver en el inc. 2° del artículo 3°.³¹

Es posible hacer la siguiente relación de principios que rigen en el Derecho administrativo nacional:

- a) Principio de legalidad o juridicidad (artículo 6 y 7 CPR, artículo 2° LBGAE);

³¹ Al efecto, esta disposición establece que la Administración del Estado deberá observar los principios de responsabilidad, eficiencia, eficacia, coordinación, impulsión de oficio del procedimiento, impugnabilidad de los actos administrativos, control, probidad, transparencia y publicidad administrativas, y garantizará la debida autonomía de los grupos intermedios de la sociedad para cumplir sus propios fines específicos, respetando el derecho de las personas para realizar cualquier actividad económica en conformidad con la Constitución Política y las leyes.

INFORMES EN DERECHO

- f) Principio de participación de la comunidad, comprendido dentro del concepto amplio de bien común y que tiende al logro de una función resocializadora en el ejercicio de la actividad penitenciaria (inc. 4º del artículo 1º CPR).
- g) Derecho de petición, como concreción de la garantía constitucional frente a las solicitudes y presentaciones hechas por la población penal (artículo 19 Nº 14 CPR).
- h) Principio de control jurisdiccional, como concreción del principio de tutela judicial efectiva y de impugnabilidad de los actos de la Administración (artículo 38 y 76 CPR).
- d) **Naturaleza y fundamentos de la relación-jurídica entre la Administración y la población penitenciaria**

La Administración del Estado está integrada por un conjunto de personas jurídicas que se vinculan o relacionan con los particulares, ciudadanos o administrados dando lugar a auténticas relaciones jurídicas, las cuales están sometidas —a su vez— a un Derecho objetivo aplicable a todos los sujetos que participen de este vínculo.

Ahora bien, uno de los elementos esenciales que rige esta relación esta dado por el principio de legalidad, el cual constituye el eje matriz en sus relaciones con los particulares. La Administración del Estado sólo puede hacer aquello que expresamente le autoriza la ley, especialmente si en su actuación va a afectar la esfera jurídica de los particulares, pues toda regulación y limitación de los derechos fundamentales de las personas está sometida a una estricta reserva legal (artículo 19 Nº 26 CPR).

Sin embargo, tradicionalmente los internos en los establecimientos penitenciarios han sido puestos dentro de la particular categoría de los *administrados cualificados*, lo cual permitiría a la Administración disponer de un conjunto de poderes más intensos que los que puede tener respecto de un *administrado simple*, permitiendo —incluso— aceptar con mayor flexibilidad la aplicación del principio de legalidad y tolerar una mayor apertura a la regulación reglamentaria respecto de las materias de reserva legal.

El origen de esta distinción se encuentra en el Derecho alemán de fines del siglo XIX, particularmente en la obra de Otto Mayer para quien el principio de legalidad sólo rige respecto de las actuaciones externas de la Administración en la medida que signifiquen una intervención a la libertad o propiedad de los ciudadanos, cuestión que no ocurría en el ámbito interno o doméstico, especialmente respecto de los funcionarios, quienes debían aceptar una serie de limitaciones a su libertad sin que fuese necesario la existencia de norma legal previa, entendiéndose posteriormente a una serie de sujetos que se caracterizaban por tener un vínculo más estrecho con la Administración.³³ De esta forma, pasaban de una *relación de sujeción general* frente a la Administración, presidida por el principio de legalidad y propia de todo ciudadano, a una *relación de sujeción especial*, en donde la legalidad es más flexible y permite intervenir en la esfera jurídica de estas personas rompiendo la regla de la reserva legal. Como bien dice Juan Alfonso Santamaría Pastor "[...] la relación de sujeción especial es un artificio conceptual para excluir la aplicación del principio de reserva

33 Así lo destaca Foerstroff, Ernst, *Tratado de Derecho Administrativo* (Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1958), p. 185, nota 6.

INFORMES EN DERECHO

- b) Principio de servicialidad (inc. 4º artículo 1º CPR, artículo 3º LBGAE);
- c) Principio de subsidiariedad (inc. 2º artículo 1º y 19 Nº 21 CPR, inc. 2º artículo 3º LBGAE);
- d) Principio de responsabilidad (artículo 38 CPR; artículo 4 y 42 LBGAE);
- e) Principio de eficacia y eficiencia (artículo 5º LBGAE);
- f) Principio de coordinación (artículo 5º LBGAE);
- g) Principio de oficialidad (artículo 8º LBGAE; artículo 7º LBPA);
- h) Principio de impugnabilidad (artículos 19 Nº 3 y 76 CPR; artículo 10 LBGAE; artículo 59 LBPA);
- i) Principio del control (artículo 38 y 98 CPR);
- j) Principio de probidad (artículo 8º CPR, artículo 13 y 52 LBGAE);
- k) Principio de transparencia y publicidad (artículo 8º CPR; artículo 13 LBGAE; artículo 1º Ley Nº 20.285).

Ahora bien, a pesar de esta vinculación con el Derecho administrativo general, en el ámbito del Derecho administrativo penitenciario se han ido delineando algunos principios particulares, sobretudo por la singularidad de la actividad que se regula y la situación de los sujetos destinatarios de esta acción administrativa.³² Al efecto se han formulados los siguientes principios:

- a) Principio de no discriminación, como una manifestación del principio de legalidad o juridicidad en su sentido más amplio, que se manifiesta en lo que se ha denominado la interdicción de la arbitrariedad y la igualdad (artículo 1º y 19 Nº2);
- b) Principio de respecto a la dignidad, como expresión del límite que reconoce a la soberanía y expresión del deber del Estado en orden a respetar y promover los derechos que emanan de la naturaleza humana (artículo 1º CPR);
- c) Principio de proporcionalidad, tradicionalmente vinculado al control de la discrecionalidad y como mecanismo de ponderación para determinar una medida o sanción considerando la menor o mayor gravedad de la conducta o de la mayor o menor afectación de los derechos.
- d) Derecho a la defensa jurídica, expresión de la tutela judicial efectiva y que se manifiesta en el ámbito del procedimiento administrativo dentro de la amplia garantía de un justo y racional procedimiento garantizado en el artículo 19. Nº 3 CPR.
- e) Principio de confidencialidad y transparencia, concreción del principio de transparencia y publicidad que rige a todos los órganos del Estado y el respecto de los derechos e intereses de los internos dentro del espacio de privacidad que el ordenamiento jurídico les garantiza (artículo 8 y 19 Nº 12 CPR).

32 Estos se encuentran contenidos en la Propuesta Normativa "Anteproyecto de Ley de Derecho y Deberes de las Personas privadas de libertad y Ejecución Penal".

INFORMES EN DERECHO

condiciones de detención que no cumplen con los estándares mínimos internacionales en esta área y no respetan la dignidad del ser humano".³⁹

En este mismo sentido se ha pronunciado la Corte de Apelaciones de Santiago y la Corte Suprema, para quienes es posible entender "[...] clara y conscientemente la falta de Personal de Gendarmería para atender a los reclusos, y la falta de los recursos económicos, presupuestarios y financieros para materializar las garantías antes señaladas, que demuestran recursos personales y materiales insuficientes del Establecimiento para atender adecuadamente a todos los internos según la especial condición de cada recluso, ya sea en relación a lo delictos por los cuales se encuentran condenados, ya sea en cuanto a la conducta individual y/o de grupo que se dice adoptan los internos en defensa y en resguardo de sí mismos y en contra de otros grupos rivales y organizados también internamente", pero señala de manera enfática que "[...] tal falta de recursos sin embargo, no excusa a la Autoridad Penitenciaria, por cuanto lo constatado por la Corte está por debajo del mínimo de lo humanamente aceptable". Al efecto, termina concluyendo que "[...] en cuanto a los sentenciados que deben cumplir sus respectivas condenas, puede apreciarse entonces y fácilmente que, si "su condición jurídica es idéntica a las de los ciudadanos libres", y si los presos que cumplen condena no pueden ser sometidos a tratos "inhumanos", puede concluirse que, en sus actuales circunstancias, jamás podrá logarse de los reclusos esa reinserción social de rango legal tan elocuente como la que, teniendo su fuente en la Constitución Política de la República, tiene su derivado desarrollo en el referido Ordenamiento Carcelario. El castigo inhumano del recluso, aun temporal, es contrario a toda esperanza de reinserción".⁴⁰

5. EL CONTROL DE LA ACTIVIDAD PENITENCIARIA

a) Aspectos generales

La consagración y reconocimiento de los principios que rigen el actuar de los órganos del Estado no es garantía suficiente para que estos tengan una vigencia efectiva. Esto ocurre particularmente con la Administración y el respeto del principio de legalidad,

39 En el caso "Montero Araguren y otros vs. Venezuela" señaló que: "Por otro lado, 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 su custodia. De este modo, se produce una relación e interacción especial de sujeción entre la persona privada de libertad y el Estado, caracterizada por la particular intensidad con que el Estado puede regular sus derechos y obligaciones y por las circunstancias propias del encierro, en donde al recluso se le impide satisfacer por cuenta propia una serie de necesidades básicas que son esenciales para el desarrollo de una vida digna" (Sentencia de 5 julio de 2006, párr. 87). Por su parte, en el caso "Caso Boyce y otros vs. Barbados" dispuso que: "La Corte ya ha examinado en casos anteriores el deber que tienen los Estados Partes de la Convención, como garantías de toda persona bajo su custodia, de garantizar a los reclusos la existencia de condiciones que respeten el artículo 5 de la Convención; y cumplir con los estándares mínimos internacionales en esta área. De conformidad con el artículo 5 de la Convención, toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con la dignidad inherente de todo ser humano. Esto implica el deber del Estado de salvaguardar la salud y el bienestar de los reclusos y garantizar que la manera y el método de privación de libertad no exceda el nivel inevitable de sufrimiento inherente a la detención. La falta de cumplimiento con ello puede resultar en una violación de la prohibición absoluta contra tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes. En este sentido, los Estados no pueden invocar privaciones económicas para justificar condiciones de detención que no cumplen con los estándares mínimos internacionales en esta área y no respetan la dignidad del ser humano" (Sentencia de 20 de noviembre de 2007, párr. 86).

40 Considerando décimo y décimo tercero, Sentencia de la Corte Apelaciones de Santiago de 31 de agosto de 2009, Rol N° 2154-2009, confirmada por la Corte Suprema con fecha 7 de septiembre de 2009, Rol N° 6243-2009.

INFORMES EN DERECHO

de ley en la imposición de limitaciones singulares a la libertad o la propiedad de un sujeto; un título cuya mera invocación permite a la Administración tener manos libres para limitar la libertad o la propiedad sin que una ley previa lo autorice y que, por lo mismo, dada la vaguedad de su contorno conceptual, se presta a graves abusos".³⁴

Dentro de las categorías de los administrados cualificados —sujetos a esta suerte de sujeción especial— se ha incluido tradicionalmente a los funcionarios públicos, el soldado, el enfermo en un hospital público, el estudiante de un colegio público y —como no podía ser de otra forma— al interno en un establecimiento penitenciario.³⁵

Por su parte, esta teoría ha ido penetrando en nuestro sistema por la vía de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el cual ha aceptado que no se aplique el principio de tipicidad a las sanciones administrativas a las cuales están afectos los funcionarios estatales dada la particular posición o intensidad del vínculo que mantiene con el Estado³⁶ y que es posible imponer la regulación de los deberes militares por normas administrativas.³⁷ De más está decir la situación de la población penitenciaria, la cual se encuentra sujeta en todos sus extremos a los dictados de un reglamento.³⁸

Sobre el particular la doctrina ha reconducido esta teoría, reforzando la vigencia del principio de legalidad, pero reconociendo que no es posible que el legislador pueda definir de manera exhaustiva todas las posibles limitaciones que, en una relación determinada, puede imponer la Administración a la libertad de su personal, labor que ni siquiera un reglamento más detallista puede satisfacer. Así, debe existir legalidad, aunque con una menor exigencia en la concreción de su regulación. Por lo demás, de esa forma lo aceptó el Tribunal Constitucional en la citada sentencia Rol N° 747 de 2007 y da cuenta de ello el REP, aunque con los problemas de reserva legal que ya hemos tenido ocasión de comentar. De esta forma se dispone:

Artículo 2°.— Será principio rector de dicha actividad el antecedente que el interno se encuentra en una relación de derecho público con el Estado, de manera que fuera de los derechos perdidos o limitados por su detención, prisión preventiva o condena, su condición jurídica es idéntica a la de los ciudadanos libres.

Es interesante destacar que sobre la materia la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) le ha dado un matiz positivo a esta relación, de manera de colocar a los Estados en una situación de deber más intenso que se traduce en una posición de garante de los derechos de los reclusos, así como de sus condiciones de vida, al punto de señalar que "los Estados no pueden invocar privaciones económicas para justificar

34 SERRANÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Fundamentos de Derecho Administrativo* (Madrid, Ramón Areces, 1991), p. 869.

35 Sobre las relaciones de sujeción especial se puede consultar el trabajo clásico de GALLEGO A. VENTURA, Alfredo, *Las relaciones de sujeción especial y el principio de legalidad de la Administración en Revista de Administración Pública* N° 34 (1961), pp. 11 y ss.

36 Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 747, de 31 de agosto de 2007, considerandos 17° y ss.

37 Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 468, de 9 de noviembre de 2006, especialmente el voto particular de la Ministra Marisol Peña, quien señala en su considerando tercero que "que lo anterior, conlleva que el personal militar se encuentra sometido a una relación de "sujeción especial", como se afirma en el considerando 8° de la sentencia, no aplicable a predicable exactamente de otros personales que integran la Administración del Estado".

38 Al respecto véase GUZMÁN DALARA, José Luis, *Consideraciones críticas sobre el reglamento penitenciario chileno en ZAFFARONI, Eugenio Raúl, De las penas, Homenaje al profesor Isidoro de Benedetti*, 1997, pp. 271-280.

en la medida que éste no va a llegar a permeare el actuar administrativo si al mismo tiempo no existen los mecanismos destinados a garantizar su eficacia. Es por tal razón que la doctrina ha insistido en la consagración de mecanismos destinados a cumplir esta función de control y que el legislador ha reconocido y elevado a nivel de principio, como ocurre en el inc. 2° del artículo 3° LBGAE.⁴¹

Ahora bien, el control puede ser analizado desde diversos puntos de vistas, ya sea en cuanto a su oportunidad (preventivo o represivo); contenido (legalidad y oportunidad, mérito o conveniencia); naturaleza (político, administrativo y jurisdiccional). Sin embargo, en este análisis nos vamos a limitar a tratar uno de los mecanismos de control más relevante del actuar de la Administración, como es el control jurisdiccional.

En efecto, toda la actividad de la Administración se encuentra jurisdicada, en la medida que sólo puede hacer aquello que expresamente le faculta el ordenamiento jurídico (vinculación positiva al Derecho). Por tanto, toda su actividad puede ser judicializada, es decir, objeto de revisión judicial en la medida que puede ser controlada en toda su extensión por los Tribunales de Justicia.

El control jurisdiccional de la Administración presenta determinadas características que es conveniente analizar, a fin de poder comprender mejor el alcance del mismo en su relación con la actividad penitenciaria.

b) Naturaleza y sentido del control jurisdiccional de la Administración

El control jurisdiccional de la actividad administrativa se conoce habitualmente como contencioso administrativo, a fin de dar cuenta de las acciones y facultades que tiene el juez al momento de revisar la legalidad del actuar administrativo, en la medida que nos encontramos en su mayoría con actos de autoridad y estrictamente formales.

Al efecto, tradicionalmente se ha distinguido dentro de la actividad administrativa entre actividad jurídica o formal frente a la actividad material que esta puede realizar. Si bien el abanico de actos que puede realizar la Administración es múltiple y heterogéneo, es posible hacer esta distinción a partir de la existencia de actos que tienen la capacidad de imponerse a terceros destinatarios, aun en contra de su voluntad, alterando sus situaciones jurídicas, mientras que hay otros que se realizan en ejecución de dichos actos o se llevan a cabo al margen de todo actuación formal previa (p. i. hacer una ronda policial). Así, por ejemplo, una medida disciplinaria que se adopta respecto de un funcionario es un acto formal, mientras que su ejecución material está constituida por los actos necesarios para la eficacia de dicha decisión. Por su parte, bien puede haber actos materiales sin acto formal previo, como ocurre con la detención que realizan las policías en caso de delito flagrante.

Ahora bien, la forma de impugnar un acto administrativo formal o en sentido estricto es distinta respecto de lo que ocurre con las actuaciones materiales, ya que en el primer caso debe ser contrastado con lo que establece el ordenamiento y verificar su validez. En el evento de que exista disconformidad, el juez deberá declarar la

41 Si bien la mayor parte de la doctrina reconoce el denominado principio del control, lo cierto es que su existencia pueda ser discutible, en la medida que no se trata de fundamento, fin o valor que se debe garantizar, sino que un medio para cumplir un determinado fin, en este caso el principio de legalidad. No obstante, esto no resta la importancia que tiene como condición esencial para la vigencia de dicho principio.

nulidad de acto y eventual responsabilidad. En cambio, en el caso de las actuaciones materiales el juez puede hacer cesar dicha actuación y pronunciarse también sobre la responsabilidad. Así, por ejemplo, la aplicación de una sanción disciplinaria a un funcionario que se considere ilegal debe ser anulada por el juez, mientras que la detención ilegal de una persona ha de cesar por la orden judicial. En ambos casos, y si así lo consideraran los afectados, habrá lugar a la responsabilidad de la Administración por la actuación formal o material ilegal que causa un perjuicio o daño.

Esto permite configurar las dos acciones contenciosas administrativas clásicas: la acción de nulidad y la acción de responsabilidad. Su origen se encuentra en el contencioso administrativo francés y se conocen bajo la denominación de recurso por exceso de poder y recurso de plena jurisdicción.⁴²

La distinción entre una y otra es relevante, pues mientras la primera es una acción que pretende contrastar el acto con el ordenamiento jurídico, la legitimidad para ejercerla es más amplia y los efectos de la sentencia que declara dicha nulidad son absolutos o erga omnes, mientras que en el segundo caso la legitimación está limitada a quien alega la lesión de un derecho y si bien el juez puede declarar la ilegalidad del acto, la sentencia sólo produce efectos relativos.

Por tanto, resulta muy importante hacer la distinción y tener presente que si bien el juez es competente para conocer de la actividad de la Administración, las facultades que tiene y la forma de hacerlo varía en uno y otro caso.

A su vez, también se ha de tener presente que en la actuación formal de la Administración no sólo se revisa el acto administrativo, sino que todo el procedimiento previo que ha sido necesario para la dictación de dicho acto. Esta es la razón que el procedimiento administrativo aparezca estrechamente unido al acto administrativo, en la medida que este último es fruto de aquél, de forma que los vicios procedimentales necesariamente han de repercutir en el acto.

c) Las acciones contenciosas administrativas en Chile

Bien es sabido que en Chile durante un largo tiempo no existió una jurisdicción contenciosa administrativa general y menos aún las acciones para hacer efectiva tal función. Esto permite explicar porque a partir de 1976 la acción constitucional de protección constituyó un paliativo ante esta ausencia, a pesar que ésta difiere en el alcance y sentido con las acciones contenciosas administrativas, en la medida que es una acción cautelar de derechos constitucionales o amparo ampliado, y que no necesariamente se puede ejercer respecto de los actos de los órganos de la Administración. Además, no cubre aquellas ilegalidades en donde no hay amenaza, perturbación o privación de un derecho constitucional expresamente considerado.⁴³

42 Sobre los antecedentes del sistema contencioso francés se puede consultar la obra clásica de Szwedzky Lazo, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo* (Montevideo, Editorial Martín Bianchi Altuna, 1959), T. II, pp. 451-475, en la cual se puede encontrar una buena relación de fuentes bibliográficas. También se puede consultar la obra colectiva titulada *Lo contencioso administrativo. Ponencias presentadas a las Jornadas sobre lo Contencioso Administrativo celebradas en la Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso en noviembre de 1975* (Valparaíso, Editorial Universitaria de Valparaíso, 1976).

43 Al respecto se puede consultar: Soto Kless, Eduardo, *Lo contencioso administrativo y los tribunales ordinarios de justicia en Revista de Derecho Público*, N°s 21/22 (1977), pp. 233-249 y, del mismo autor, *El Recurso de Protección, Doctrina y Jurisprudencia* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1982), pp. 401-402; Pantoja Baza, Rolando,

INFORMES EN DERECHO

derrotero, es lógico que a continuación se realicen algunas clasificaciones del acto administrativo, se analicen sus elementos para cerrar con el tema de la nulidad.⁴⁵ Sin perjuicio de los reparos que se puedan formular, esta secuencia permite una buena comprensión de la forma cómo se producen los vicios del acto administrativo a partir de los elementos que lo configuran, pues en buena medida las causas de nulidad no son sino los vicios de cada uno de los elementos que conforman el acto.

Tradicionalmente se han distinguido tres tipos de elementos del acto administrativo:

- a) Elementos subjetivos: los que comprende *competencia e investidura regular*;
- b) Elementos objetivos: los *motivos o fundamentos* de hecho y de derecho; el *objeto y el fin del acto*;
- c) Elementos formales: el *procedimiento administrativo y la forma de extensión del acto*.

A partir de esta descripción se puede hacer la siguiente relación de los vicios que pueden afectar a un acto administrativo:

- a) Incompetencia del órgano que dicta el acto;
- b) Investidura irregular;
- c) Ausencia de motivos o vicios en los mismos;
- d) Ilegalidad del objeto;
- e) Desviación de poder;
- f) Vicios de procedimiento;
- g) Vicios en la forma del acto.

Si bien se ha sostenido que la sanción frente a estos vicios sería una nulidad radical, *ipso iure*, insanable e imprescriptible, lo cierto es que la jurisprudencia y el legislador ha ido morigerando estos efectos, tal como lo vamos a desarrollar en su análisis a partir de los actos de la Administración penitenciaria.⁴⁶

ii) El control de la discrecionalidad.

La discrecionalidad administrativa y los mecanismos para su control han sido dos de los temas que han despertado el mayor interés y discusión en época reciente en el ámbito del Derecho administrativo. En efecto, este ha sido una materia de referencia

45 De los diversos trabajos que se han escrito sobre el acto administrativo se puede consultar las obras de BOCCARDA SIERRA, Raúl. *Lecciones sobre el acto administrativo* (Madrid, Civitas, 2006) y, del mismo autor, *La teoría del acto administrativo* (Madrid, Iustel, 2005), las cuales contienen una abundante bibliografía y una interesante relación entre el Derecho español y alemán.

46 La nulidad de los actos administrativos se ha construido en Chile a partir de lo dispuesto en el artículo 7º CPR. La tesis tradicional ha sido expuesta por el profesor Eduardo Soto Kloss en diversos trabajos y ha sido recepcionada por la jurisprudencia nacional con particular entusiasmo. Cfr. SOTO KLOSS, Eduardo. *La nulidad de Derecho público en el Derecho chileno* en *Revista de Derecho Público* Nos. 47-48 (1990); *La nulidad de Derecho público referida a los actos de la Administración en Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XIV (1991-1992); *La nulidad de Derecho público: su actualidad en Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XVIII (1997); *La nulidad de Derecho público de los actos estatales y su imprescriptibilidad en el Derecho chileno en Ius Publicum* N° 4 (2000).

INFORMES EN DERECHO

Lo anterior no significa la ausencia total de acciones contenciosas administrativas. En efecto, en nuestro ordenamiento se fueron creando algunos contenciosos especiales en donde el propio legislador se encargaba de abrir la vía jurisdiccional al particular en contra de los actos de la Administración. Sin embargo, no ha existido ni existe una regulación homogénea de los mismos, de forma que el juez competente y el procedimiento a seguir son totalmente disímiles. Al mismo tiempo, la ausencia de un contencioso general que cubriera todos los casos no regulados expresamente —que a la sazón era la gran mayoría— daba cuenta de un panorama poco alentador para la protección de los derechos de los particulares frente al actuar de la Administración.

Las acciones contenciosas administrativas generales en Chile sólo comienzan a delinirse a partir de la década de los '90, a partir del aporte de la doctrina y sobre la base de dos disposiciones que ya estaban en la Constitución de 1980: los artículos 7º y 38 de la Constitución. Es así que se establecen las bases sustantivas y procesales de dos acciones fundamentales: la nulidad de los actos de la Administración (conocida como Nulidad de Derecho público) y la acción de responsabilidad patrimonial del Estado.⁴⁴

No es objeto de este informe analizar cada una de estas acciones en particular, pero es bueno tener presente que ambas se enmarcan dentro del sistema de control jurisdiccional de la Administración y que su adecuada comprensión permite articular estas acciones generales con los contenciosos especiales, en cuyo contexto se ha de poner el control de la Administración penitenciaria.

d) ¿Qué le corresponde revisar al juez?

i) Acto administrativo, elementos, vicios y causales de nulidad.

Nos interesa centrar nuestro análisis en las acciones de nulidad, asociadas en este caso a la actuación formal de la Administración, esto es, al procedimiento y acto administrativo.

Si bien el juez debe contrastar el acto administrativo con el bloque de la legalidad al cual debe someterse, lo cierto es que en esta labor es bueno hacer algunas distinciones que nos ayuden a determinar el vicio que afecta al acto y forma en cómo este se produce.

Por influencia del conceptualismo alemán, el estudio del acto administrativo se ha asumido recurriendo a las categorías propias del negocio o acto jurídico. Así, no ha sido extraño que el acto administrativo se defina como una declaración de voluntad, de juicio o deseo, de constancia o conocimiento que emana de los órganos de la Administración del Estado en ejercicio de una potestad pública, y que el legislador acoja tal construcción doctrinal de forma acrílica (artículo 3º LBPA). Siguiendo este

La *jurisdicción contencioso-administrativa. Decisiones legislativas al año 2001* (Santiago, Fundación Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2000), pp. 11-62; SUVA COWA, Enrique. *Derecho Administrativo chileno y comparado. El control público* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1994), pp. 191 y ss.; FERRAS BARRUEZ, Juan Carlos y otros. *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)* Vol. 14, pp. 67-81.

44 Sobre la materia es obra de referencia obligada el trabajo de JARA SCHNEITLER, Jaime. *La Nulidad de Derecho público ante la doctrina* (Santiago, Libromar, 2004).

INFORMES EN DERECHO

obligada, especialmente durante toda la segunda mitad del pasado siglo y que ha surgido con particular fuerza en nuestro ordenamiento como una forma de encauzar el actuar de la Administración por las vías jurídicas en todos sus aspectos.⁴⁷

El tema se construye a partir de la clasificación que se hace de las potestades públicas, lo cual no puede ser de otra forma, en la medida que es el legislador quien atribuye y da forma a estas potestades que atribuye a la Administración, la cual la ejerce bajo actos administrativos sujetos a un previo procedimiento. Así las cosas, la potestad pública, el procedimiento administrativo y el acto administrativo están estrechamente implicados.

La cuestión encuentra su base en la distinción entre potestad reglada y potestad discrecional. Se sostiene que una potestad es reglada cuando todos y cada uno de sus elementos están determinados *a priori* por el legislador, de manera que la Administración debe constatar su concurrencia para poder ejercerla, sin poder hacer ningún tipo de apreciación o consideración al margen de lo previsto por la ley. Por su parte, la potestad discrecional es aquella en que uno o más de sus elementos quedan entregados a la apreciación del propio órgano administrativo, el cual puede optar válidamente por dos o más posibilidades de actuación.

Durante largo tiempo se sostuvo que el ejercicio de las potestades discrecionales no podían ser objeto de revisión judicial, en la medida que el juez no podía entrar a cuestionar las consideraciones que habría tenido la Administración al momento de ejercer la potestad pues es la propia ley la que le otorga este margen de libertad. De esta forma, las potestades discrecionales se transformaron en un verdadero espacio de inmunidad en el actuar de la Administración.⁴⁸

Sin embargo, esta concepción ha sido claramente superada, en la medida que no tolera el análisis a partir de los principios y valores que sustentan al Estado de Derecho. Por tal razón, tanto la doctrina y la jurisprudencia comparada han desarrollado una serie de mecanismos para controlar las potestades discrecionales, en base a los siguientes elementos que pasamos a enunciar:

- a) El control de los elementos reglados de la potestad, ya que siempre encontramos algunos que no es posible soslayar, como es la existencia misma de la potestad y la competencia;
- b) El control de los hechos determinantes que sirven de base en el ejercicio de la potestad, en la medida que son el supuesto que fundamenta y desencadena su ejercicio;

47 Una obra clásica sobre la materia es el trabajo de GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo: poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos* (Madrid, Civitas, 1983), tema sobre el cual insiste posteriormente en obras como *Problemas del Derecho Público al comienzo de siglo* (Madrid, Civitas, 2001) y *Las Transformaciones de la Justicia Administrativa. De excepción singular a la plenitud jurisdiccional* (Un cambio de paradigma? Madrid, Thomson Civitas, 2007). También se pueden consultar los trabajos de SANZ MORENO, Fernando, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa* (Madrid, Civitas, 1976); FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás R., *De la arbitrariedad de la Administración* (4ª ed. Madrid, Civitas, 2002); PAREJO ALFONSO, Luciano, *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias* (Madrid, 1993); y BACIGALUPO, Mariano, *La discrecionalidad administrativa. Estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución* (Madrid, Marcial Pons, 1997). En Chile se puede ver el interesante trabajo de ALARCÓN JARA, Pablo Andrés, *Discrecionalidad administrativa. Un estudio de la jurisprudencia chilena* (Santiago, Conosur, 2000).

48 Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lucha contra las inmunidades del poder...* op. cit.

c) El control del fin el cual está vinculado a la posible desviación de poder, pues una potestad no puede ser ejercida para satisfacer un interés público distinto del previsto por la norma;

d) El control de la decisión a través de los principios generales del derecho, especialmente aquellos que reconocen un sustento constitucional, como son el principio de proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad, igualdad y no discriminación arbitraria, buena fe, etc.

Cada uno de estos mecanismos permite al juez encauzar el ejercicio de una potestad discrecional dentro de la razonabilidad que sólo puede entregar el Derecho, ya que la arbitrariedad justificada en el ejercicio de supuestas potestades discrecionales no es sino la justificación de lo antijurídico, pues todo lo arbitrario es ilegal y contrario a Derecho.

Ahora bien, dentro de los elementos del acto administrativo el control de la discrecionalidad recae directamente en los motivos o fundamentos, a partir de cual es posible establecer cada uno de los supuestos de control ya mencionados. Por tal razón, la Contraloría ha sostenido que "[...] el ejercicio de potestades discrecionales como la analizada, tiene que ser suficientemente motivado y fundamentado, a fin de asegurar que las actuaciones de la Administración sean concordantes con el objetivo considerado por la normativa pertinente al otorgarlas, debiendo estar desprovistas de toda arbitrariedad, de manera que no signifiquen, en definitiva, una desviación de poder".⁴⁹ A su vez, la jurisprudencia ha sostenido que es perfectamente posible controlar los actos de la Administración penitenciario aun cuando éstos sean discrecionales.⁵⁰

e) Los mecanismos de control de la actividad penitenciaria

i) El contencioso administrativo penitenciario.

Siendo la actividad penitenciaria una función que cumplen los órganos que integran la Administración del Estado, es de suyo que se encuentren sujetos al sistema de control que consagra nuestro ordenamiento jurídico, especialmente lo que se denomina control administrativo interno (lo cual comprende los recursos administrativos); el control administrativo externo (Contraloría General); y el control jurisdiccional. En este último punto cabe destacar que junto a los mecanismos generales (las acciones cautelares constitucionales y los contenciosos administrativos generales), existe un contencioso administrativo especial regulado en el actual sistema de justicia criminal.

Esto se construye a partir de la norma constitucional que consagra la facultad exclusiva de los Tribunales para hacer ejecutar lo juzgado respecto de las causas que han conocido y resuelto (artículo 76 CPR). En tal sentido, el Código Orgánica de Tribunales encomienda esta tarea al juez de garantía disponiendo que le corresponde "[...] hacer ejecutar las condenas criminales y las medidas de seguridad, y resolver las solicitudes y reclamos relativos a dicha ejecución, de conformidad a la ley procesal penal" (artículo 14 letra f COT). En el mismo sentido, el inc. 1º del artículo 466 del CPP señala

49 Dictamen Nº 28.260 de 16 de junio de 2006.

50 Cfr. Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago Rol 612-2008, de 2 de abril de 2008, *Jorge Lavanderos Illanes con SEREM de Justicia, Región Metropolitana*.

INFORMES EN DERECHO

quienes pueden actuar o intervenir ante el juez de garantía durante la ejecución de las sentencias condenatorias.

Ahora bien, en la materia que nos interesa, al juez de garantía le corresponden las siguientes competencias:

- a) Hacer ejecutar lo juzgado. En tal sentido le corresponde dictar todas las resoluciones que sean necesarias para la ejecución y cumplimiento del fallo. Aún más, bien se sostiene que esto comprendería la forma en que se ha de cumplir la pena, especialmente respecto de su modalidad y duración.
- b) Conocer y resolver las solicitudes y reclamos de los condenados. Nuestro CPP dispone que el condenado podrá ejercer, durante la ejecución de la pena, todos los derechos y facultades que la normativa penal y penitenciaria le otorgare (inc. 2º artículo 466). Para determinar cuáles son estos derechos y facultades debemos recurrir al REP, especialmente su artículo 9º, el cual establece que los internos, en defensa de sus derechos e intereses, podrán dirigirse a las autoridades competentes y formular las reclamaciones y peticiones pertinentes.

ii) Los actos que pueden ser objeto de control.

Se podría dar una extensa relación de los distintos tipos de actos que pueden ser objeto de revisión jurisdiccional en el ámbito penitenciario, sin embargo, las distinciones que se pueden hacer con el objetivo de establecer las facultades que tendrá el juez sobre la materia han de partir de un supuesto básico: le corresponde conocer de todo acto que afecte o pueda afectar los derechos e intereses de los internos en un establecimiento penitenciario, tal como lo señala el artículo 9 REP.

En tal sentido, esto puede ocurrir ya sea que a través de actuaciones jurídicas o materiales se produzca una afectación a dichos derechos o intereses, como puede ocurrir a través de la aplicación de una medida disciplinaria, traslados o denegación de beneficios adoptados de forma ilegal.

Ahora bien, estos actos se pueden adoptar previo procedimiento administrativo, concretándose en actos formales (sanciones disciplinarias, otorgamiento o denegación de beneficios, etc.) o meros actos materiales. En uno y otro caso la forma de revisión del acto tiene algunos matices que se deben analizar.

iii) La forma en que se debe ejercer el control.

La revisión que hace el juez de garantía de los reclamos que presentan los internos ante los actos administrativos y materiales que emanan de la Administración penitenciaria constituye, sin lugar a dudas, un contencioso administrativo especial. En tal sentido, nos corresponde determinar la forma que adopta este control. Al efecto debemos hacer la siguiente distinción:

a) Actos administrativos. Análisis particular de los vicios y causales de nulidad.

Tal como se ha señalado, existe un conjunto relevante de actos que emanan de la Administración penitenciaria y que pueden adolecer de diversos vicios que afectan su validez, de manera que el juez debe proceder a su revisión y, en su caso, a declarar su nulidad.

INFORMES EN DERECHO

Estos actos se identifican conforme lo establece nuestro el Derecho administrativo común —en este caso la LBPA—, que nos da un concepto amplio de acto administrativo que comprende el conjunto de decisiones formales que son producto de un procedimiento administrativo, como ocurre con las sanciones disciplinarias o el no otorgamiento de permisos.

En este caso el juez debe examinar cada uno de los elementos del acto administrativo, a fin de establecer su conformidad con el ordenamiento jurídico. Al efecto, deberá determinar la competencia e investidura de la autoridad que dictó dicho acto; los motivos de hecho y de Derecho que le sirven de fundamento; la legalidad de su objeto; el cumplimiento del fin específico para el cual fue otorgada la potestad; y sus aspectos formales (procedimiento y extensión del acto).

En este punto resulta fundamental el control de los elementos discrecionales del acto, más aún si se considera que este aparece asociado a las denominadas *relaciones de sujeción especial*, las que han servido de argumento para flexibilizar la aplicación del principio de reserva legal, por una parte, y el uso indiscriminado de las cláusulas generales de habilitación.

Cabe señalar que las técnicas generales de control de la discrecionalidad son plenamente aplicables respecto de los actos formales de la Administración penitenciaria, especialmente el establecimiento y apreciación de los hechos determinantes para dictar el acto, la desviación de poder y, especialmente, la aplicación de los principios generales del Derecho, como es la no discriminación, proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad, presunción de inocencia, buena fe, etc.

Analicemos cada una de los vicios o causales de nulidad del acto administrativo penitenciario, entendiendo que se enmarcan dentro de las causales generales aplicables a todo acto administrativo:

I. INVESTITURA IRREGULAR.

La CPR establece en su artículo 7º que la actuación válida de los órganos del Estado supone la investidura regular de sus integrantes. La investidura es el procedimiento a través del cual una persona física pasa a formar parte de un órgano público, de forma tal que sus actos se imputan a dicha entidad. Al efecto, nuestro ordenamiento se encarga de regular este procedimiento estableciendo en algunos casos un mayor o menor ámbito de discrecionalidad. Así, la discrecionalidad en la investidura puede llegar al máximo como ocurre en los cargos de exclusiva confianza del Presidente de la República, vgr. Ministro de Justicia o el Director Nacional de Gendarmería. En otros casos el procedimiento es absolutamente reglado, como ocurre en el nombramiento de cargos de planta bajo la forma de concurso interno o concurso público.

Sea como fuere, lo cierto es que los vicios en la investidura conllevan necesariamente la nulidad de los actos dictados por la persona que de forma irregular ha asumido funciones públicas o lo ha hecho fuera de los márgenes temporales previstos para el efecto. Así las cosas, los vicios de investidura se traducen en las siguientes modalidades:

- Nombramiento irregular, esto es, cuando se asume un cargo público sin cumplir con los requisitos o no respetando los procedimientos previstos por la ley;

INFORMES EN DERECHO

ilegalidad temporal, es decir, en el caso en que nos encontremos ante una anticipación de funciones o prolongación de funciones.⁵¹

A pesar de lo anterior, de forma excepcional se permite en Chile conservar los actos dictados por autoridades investigadas irregularmente en la medida que se haya generado una apariencia o confianza en la comunidad que permita justificarla, caso que se conoce como funcionario de hecho. Así lo establece, por lo demás, el artículo 63 LBGAE al disponer:

Artículo 63.- La designación de una persona inhábil será nula. La invalidación no obligará a la restitución de las remuneraciones percibidas por el inhábil, siempre que la inadvertencia de la inhabilidad no le sea imputable.

La nulidad del nombramiento en ningún caso afectará la validez de los actos realizados entre su designación y la fecha en que quede firme la declaración de nulidad. Incurrirá en responsabilidad administrativa todo funcionario que hubiere intervenido en la tramitación de un nombramiento irregular y que por negligencia inexcusable omitiere advertir el vicio que lo invalidaba.

En el mismo sentido se pronuncia el inciso 2° del artículo 16 del Estatuto Administrativo.

II. INCOMPETENCIA.

La competencia es el ámbito para el ejercicio de sus atribuciones que fija la ley a los órganos y servicios públicos. En este sentido, la competencia se centra fundamentalmente en el ámbito material y el territorio, aunque algunos autores incorporan también el tiempo como elemento para su determinación. Así, la materia, territorio y el tiempo serían lo elementos que condicionan la actuación válida de los órganos del Estado sobre la base de la competencia.

En tal sentido, el inciso 1° del artículo 7° CPR establece la competencia como condición de validez de los actos de los órganos del Estado, cuestión que ratifica el artículo 2° LBGAE.

Si bien la doctrina le ha dado en algunos casos un alcance amplio a esta causal, comprendiendo a otras causales de nulidad,⁵² la tendencia es acotarla al ámbito de actuación de los órganos y servicios públicos. Así, se incurre en el vicio de incompetencia cuando se ejercen las potestades más allá de los límites previstos por la ley (exceso de poder) o excediéndose en el ejercicio de las mismas pero invadiendo el ámbito de acción de otro poder público (abuso de poder). En cualquiera de estos casos el vicio de incompetencia aparece comprendido no sólo en el inciso 1° del artículo 7° CPR, sino también en el inciso 2° el cual dispone:

51 Cabe hacer presente que ambas figuras eran sancionadas por el Código penal, pero con la Ley Nº 19.653 dichas conductas fueron despenalizadas entregando su sanción al ámbito administrativo. Por su parte, los artículos 155 y 156 del Estatuto Administrativo sancionan la prolongación de funciones con la prohibición que se impone al infractor para reincorporarse a la Administración, aunque excepcionalmente la permite si se tratare de un órgano o servicio que no puede paralizarse sin serlo daño o perjuicio y no se presentare oportunamente la persona que debe reemplazarlo.

52 Como señala JAWA SURRUTER (nota 35), p. 229, la competencia ha comprendido desde la ausencia misma de atribución, la ausencia de motivos de hecho, la errada calificación jurídica del hecho, el error en la apreciación de los mismos, la ausencia de razonabilidad en el ejercicio de la competencia hasta la desviación de fin.

"Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias otra autoridad o derechos que los expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes".

Cabe tener presente que esta causal se solapa con los motivos o fundamentos del acto administrativo, específicamente con los motivos de Derecho, siendo difícil hacer una distinción clara entre los mismos, tal como lo veremos a continuación.

Por último, se debe tener presente dos cosas:

- a) La competencia territorial en Chile puede ser a nivel nacional, regional, provincial o comunal, salvo respecto de algunos servicios cuyo ámbito de competencias no coincide necesariamente con esta división territorial.⁵³
- b) Es posible que la autoridad ejerza las competencias en virtud de una delegación. En este caso se debe indicar en el acto administrativo el decreto o resolución que realiza dicha delegación, así como cumplir con las condiciones previstas en el artículo 41 LBGAE.

III. VICIOS EN LOS MOTIVOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO.

Cuando se alude a los motivos del acto administrativo se está haciendo referencia a los fundamentos del mismo, esto es, en base a qué normas o supuestos de hecho se ha dictado. Como señala la Contraloría "[...] los motivos, generalmente se relacionan con los antecedentes fácticos del acto y si se trata de reglados se agregan los requisitos jurídicos para poder dictarlos".⁵⁴ De esta forma se distingue entre motivos o fundamentos de Derecho y motivos o fundamentos de hecho.

Respecto de los motivos de Derecho, estos aparecen estrechamente asociados a la existencia de la norma que atribuye a la Administración la potestad para dictar el acto. En buenas cuentas no es sino la existencia misma de la potestad. Esto comprende, además, la forma cómo se ha de ejercer y su finalidad, cuestión estrechamente unida a la figura de desviación de poder.

Por su parte, los motivos de hecho aluden a lo supuestos fácticos previstos en la norma jurídica que habilitan para el ejercicio de la potestad. Como bien sostiene Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA "como, a su vez, el acto administrativo no es más que el ejercicio de una potestad, resulta que el mismo sólo puede dictarse en función del presupuesto de hecho tipificado por la norma cuya aplicación se trata".⁵⁵ Ahora bien, estos hechos pueden corresponder a una situación material de fácil determinación (comisión de una infracción, el tiempo para acceder a un beneficio, la edad, etc.), mientras que en otros casos puede tratarse de conceptos más abiertos o ambiguos, los cuales exigen una calificación jurídica previa (urgencia, seguridad de la población penal, buena conducta, etc.). Estos últimos se conocen bajo la denominación de conceptos jurídicos indeterminados.

53 Esto ocurre con los Servicios de Salud y las Corporaciones de Asistencia Judicial.

54 Dictamen Nº 17.820 de 12 de abril de 2004.

55 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ Tomás R. *Curso de Derecho Administrativo* (9ª ed., Madrid, Civitas, 1999), p. 541.

INFORMES EN DERECHO

administrativo que la sanciona, sin perjuicio de la eventual responsabilidad administrativa por falta de probidad"⁵⁷.

VI. VICIO DE FORMA.

Los vicios de forma están vinculados a dos aspectos: los vicios de procedimiento y los vicios en la forma de extensión del acto.

Los vicios de procedimiento están estrechamente vinculados al principio de un justo y racional procedimiento consagrado en el artículo 19 N°3 CPR y que el Tribunal Constitucional ha extendido sin dificultad al ámbito administrativo⁵⁸. Por su parte, el artículo 10 LBPA establece el principio de contradicción que rige al procedimiento administrativo, en cuya virtud "los interesados podrán, en cualquier momento del procedimiento, aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio". Aun más, "en cualquier caso, el órgano instructor adoptará las medidas necesarias para lograr el pleno respeto a los principios de contradicción y de igualdad de los interesados en el procedimiento".

Sin embargo, el artículo 13 LBPA establece dos principios vinculados que atenúan la posible nulidad de los actos administrativos en caso de vicios de procedimiento:

- a) El principio de trascendencia, en cuya virtud no cualquier vicio de procedimiento afecta la validez del acto administrativo. Al efecto se exige que se trate de un vicio que recaiga en algún requisito esencial del mismo, sea por su naturaleza o por mandato del ordenamiento jurídico y que genere perjuicio al interesado.
- b) El principio de conservación, lo cual permite a la Administración subsanar los vicios de que adolezcan los actos que emita, siempre que con ello no se afectaren intereses de terceros.

En cuanto a la forma del acto administrativo, este debe respetar en su estructura determinadas condiciones:

- a) En el encabezamiento debe contener la fecha, la naturaleza del acto (Decreto o resolución) y su número.
- b) Debe expresarse los motivos. El artículo 41 LBPA dispone que toda resolución debe ser fundada, es decir, se deben expresar los motivos de Derecho y de hecho. Al efecto, la práctica administrativa ha llevado a que los motivos de Derecho se expresen como "Vistos", mientras que los motivos de hecho se contengan como "Considerando". Es conveniente tener presente que la ausencia de los motivos constituye un vicio de fondo (ilegalidad de los motivos), mientras que la no expresión de los motivos constituye un vicio de forma (falta de motivación o fundamento).

57 Dictamen N° 14.178 de 19 de marzo de 2004.

58 Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 747 de 31 de agosto de 2007, la que en su considerando 5° señala que "[...] las expresiones 'sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción', contenidas en el inciso quinto del numeral 3° del artículo 19 de la Carta Fundamental, deben entenderse en un sentido amplio, extendiéndolas 'sin limitación alguna, al ejercicio de la jurisdicción -esto es, el poder-deber de conocer y resolver cualquier conflicto de carácter jurídico- por cualquier órgano, sin que importe su naturaleza, y se refiere a sentencia no en un sentido restringido, sino como a toda resolución que decida una controversia de relevancia jurídica' (entre otras, sentencia rol 478, de 8 de agosto de 2006). Así, en la expresión constitucional citada ha entendido incluidas resoluciones tales como la que adopta el Ministro de Transportes y Telecomunicaciones cuando otorga o deniega una concesión o un permiso de telecomunicaciones (sentencia rol 175 de 1993)".

INFORMES EN DERECHO

Un ejemplo puede ayudar a comprender mejor este tema: La sanción que aplica un funcionario sin tener potestad para hacerlo carece de motivos de Derecho, mientras que la sanción que aplica un jefe de servicio que cuenta con potestad disciplinaria sin que se haya cometido una infracción carece de motivos de hecho.

Puestas así las cosas, todo acto administrativo debe contar con fundamentos de Derecho y de hecho para su dictación. La ausencia de estos motivos o su ilegalidad constituyen un vicio del acto administrativo.

IV. ILEGALIDAD EN EL OBJETO.

El objeto del acto administrativo es la decisión, el juicio o la constancia que éste contiene, es decir, en el efecto jurídico inmediato de él.⁵⁶

En efecto, tal como lo disponen los incisos 2° y 6° del artículo 3° LBPA los actos administrativos pueden contener una declaración de voluntad, un dictamen o declaración de juicio, o una constancia o conocimiento.

La mayoría de los actos administrativos contiene declaraciones de voluntad o una decisión, las cuales tienen por objeto crear, modificar o extinguir una situación jurídica respecto de tercero (vgr. otorgar un permiso, trasladar a un recluso o aplicar una medida disciplinaria). Pero también pueden comprender un juicio o dictamen (vgr. los informes) o una constancia (vgr. un certificado).

Ahora bien, el objeto debe guardar coherencia con los motivos, de forma tal que la ausencia de motivos o su ilegalidad pueden repercutir en la ilegalidad del objeto. Sin embargo, también se puede presentar una desvinculación entre ambos, de manera que existiendo motivos o siendo estos legales, el objeto puede ser ilegal. Así, bien puede ocurrir que un jefe de servicio tenga potestad disciplinaria y que un funcionario haya cometido una infracción, pero le aplica una sanción no prevista por la ley o lo absuelve. En este caso estamos ante una ilegalidad en el objeto.

V. LA DESVIACIÓN DE PODER.

La desviación de poder es una figura construida por el Consejo de Estado francés y que ha sido recepcionada en los diversos ordenamientos de la Europa continental y Latinoamérica. Este vicio está vinculado al fin público específico al cual está orientado el acto administrativo de acuerdo a lo previsto por la ley, de forma que si el acto se dicta para un fin público diferente, el acto administrativo deviene en ilegal por desviación de poder.

Estos casos se han presentado a propósito de las tasas municipales que se cobran por la prestación de un servicio (carreteras, centros de recreación, inspección de aparatos e instalaciones industriales), las cuales se han subido con una finalidad recaudatoria o fiscal no vinculada a la prestación de dicho servicio. En estos casos, si bien la Administración tiene la potestad para subir la tasa, incurre en una ilegalidad desde el momento que la ejerce para una finalidad pública distinta.

Al efecto, la Contraloría ha señalado que "[...] si la autoridad llegare a hacer uso de estas facultades con una finalidad distinta de la perseguida por la ley al conceder selas, tal decisión quedaría afectada por una desviación de poder y viciado el acto

56 Dictamen N° 17.820, de 12 de abril de 2004.

INFORMES EN DERECHO

- c) El objeto o contenido del acto, que es la declaración de voluntad, el juicio o cons-tancia. Esta se contiene luego de la expresión "Decreto" o "Resuelvo".
- d) Por último hay dos elementos formales adicionales: la firma de la autoridad que lo dicta y la indicación de los recursos que contra la misma procedan, órgano admi-nistrativo o judicial ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno (artículo 41 LBPA). Se ha de tener especialmente presente este requisito respecto de los actos de la Administración penitenciaria, ya que expresamente deben señalar que frente a un acto o medida (sanción, permiso o traslado) se puede reclamar ante el juez de garantía.

b) Actos materiales.

En el caso de los actos materiales, debemos tener presente una regla básica contenida en la LBPA: "La Administración Pública no iniciará ninguna actuación material de ejecución de resoluciones que limite derechos de los particulares sin que previamente haya sido adoptada la resolución que le sirva de fundamento jurídico" (artículo 50).

En tal sentido, toda actuación material debe reconocer un título, es decir, un acto administrativo previo que le sirva de fundamento. Así, si una actuación material carece de fundamento jurídico o se aparta de los términos del título, debe hacerse cesar, ordenándose la restitución del estado material de cosas existentes al momento anterior a su realización y, en su caso, su reconducción estricta a los términos previsto en el título.

6) APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DEL CONTROL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO: EL CASO DE LAS ORDENES DE TRASLADO Y LOS PERMISOS DE SALIDA

En este apartado nos haremos cargo de la revisión de dos actos de la Administración penitenciaria que pueden ser objeto de control por la vía del contencioso administra-tivo especial entregado al conocimiento del juez de garantía: las órdenes de traslado y los permisos de salida.

Ambos actos se encuentran regulados en la Ley Orgánica de Gendarmería y en el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios (REP).

a) Los traslados

El artículo 6 N° 10 LOGCH dispone que es de competencia del Director Nacional de Gendarmería "determinar los establecimientos en que los reos rematados cumplirán sus condenas y disponer los traslados de ellos de acuerdo con la reglamentación vigente".

Los traslados de la población penitenciaria pueden ser entendidos en un sentido amplio, el cual comprende los traslados a otros establecimiento penitenciarios, a dependencias de los Tribunales para ser puesto a disposición del juez competente e

INFORMES EN DERECHO

incluso los que se realizan por acuerdos celebrados con diversos Estado para facilitar el regreso de los reclusos extranjeros a sus países de origen a cumplir sus sentencias.⁵⁹ Conforme a los términos de lo solicitado a este informante, centraremos nuestro análisis en los traslados que se hacen de la población penitenciaria a otros estableci-mientos por orden de la autoridad competente.

Al efecto, debemos tener presente que el régimen penitenciario tiene como objetivo mantener una convivencia pacífica y ordenada de las personas que por resolución del tribunal competente, ingresen a los establecimientos penitenciarios para cumplir los fines previstos en la ley procesal para los detenidos y sujetos a prisión preventiva, y llevar a cabo las actividades y acciones para la reinserción social de los condenados (artículo 24 REP). En razón de lo anterior, los establecimientos penitenciarios se orga-nizan conforme a determinados principios (artículo 10 REP).⁶⁰

Así, el REP establece que "por Resolución fundada del Director Nacional, quien podrá delegar esta facultad en los Directores Regionales, serán ingresados o trasladados a departamentos, módulos, pabellones o establecimientos especiales, los penados cuya situación haga necesaria la adopción de medidas dirigidas a garantizar la vida e inte-gridad física o psíquica de las personas y el orden y seguridad del recinto" (artículo 28).

En tal sentido, debemos entender que los traslados son las medidas que adopta el Jefe del Servicio —el Director Nacional de Gendarmería y los Directores Regionales por delegación— para la buena marcha y funcionamiento del servicio sobre las base de los principios que establece el REP.

⁵⁹ El Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán en el año 1985, aprobó un Acuerdo Modelo para prestar asistencia a los Estados Miembros en la elaboración de acuerdos bilaterales y multilaterales similares para facilitar el regreso de los reclusos extranjeros a sus países de origen a cumplir sus sentencias, reconociendo las dificultades que experimentan en los establecimientos carcelarios debido a factores tales como las diferencias de idioma, cultura, costumbres y religión, y considerando que el mejor modo de lograr la reinserción social de los delincuentes es dar a los reclusos extranjeros la oportunidad de cumplir sus condenas en el país de su nacionalidad o residencia. Chile ha celebrado diversos acuerdos sobre la materia, como son:

- El Convenio de Estrasburgo sobre Traslado de Personas Condenadas, de 1983, promulgado por Decreto N° 1.317 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial de 3 de noviembre de 1998.
- La Convención Interamericana para el Cumplimiento de Condenas Penales en el Extranjero —adoptada el 9 de junio de 1993 por la Organización de Estados Americanos—, promulgada por Decreto Supremo N° 1.859, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial de 2 de febrero de 1999.
- El tratado con Brasil sobre Transferencia de Presos Condenados, suscrito entre la República Federativa del Brasil y la República de Chile el 29 de abril de 1998, promulgado por Decreto Supremo N° 225, del Ministerio de Relaciones Exteriores publicado en el Diario Oficial de 18 de marzo de 1999.
- El Tratado con Bolivia sobre Transferencia de Personas Condenadas, suscrito entre los Gobiernos de Chile y Bolivia el 22 de febrero de 2001, promulgado por Decreto Supremo N° 227, del Ministerio de Relaciones Exte-riores publicado en el Diario Oficial de 10 de diciembre de 2004.
- El Tratado con Argentina sobre Traslado de Nacionales Condenados y Cumplimiento de Sentencias Penales, suscrito entre los Gobiernos de Chile y Argentina el 29 de octubre de 2002, promulgado por Decreto Supremo N° 55, del Ministerio de Relaciones Exteriores publicado en el Diario Oficial de 30 de junio de 2005.

⁶⁰ Esta disposición establece los siguientes principios:

- Una ordenación de la convivencia adecuada a cada tipo de establecimiento, basada en el respeto de los dere-chos y la exigencia de los deberes de cada persona.
- El desarrollo de actividades y acciones tendientes a la reinserción social y disminución del compromiso delictivo de los condenados.
- La asistencia médica, religiosa, social, de instrucción y de trabajo y formación profesional, en condiciones que se asemejen en lo posible a las de la vida libre.
- Un sistema de vigilancia que garantice la seguridad de los internos, funcionarios, recintos y de toda persona que en el ejercicio de un cargo o en uso de una facultad legal o reglamentaria ingrese a ellos.
- La recta gestión y administración para el buen funcionamiento de los establecimientos.

INFORMES EN DERECHO

De esta forma, podemos señalar que los traslados tienen las siguientes características:

- a) Es una potestad pública atribuida expresamente al Jefe de Servicio, sin perjuicio de la posibilidad de su delegación a los Directores Regionales de Gendarmería;
- b) Constituye una potestad reglada, en la medida que sus diversos elementos vienen determinados por la Ley y el REP;
 - La autoridad competente;
 - Los fundamentos o motivos para su ejercicio, tanto en los fundamentos de Derecho como los supuestos de hechos;
 - El fin para el cual se debe ejercer esta potestad.
- c) El ejercicio de esta potestad se ha de materializar en un acto administrativo bajo la forma de resolución, la cual debe cumplir con todos los requisitos de forma previstos en el artículo 41 LBPA, especialmente en lo que dice relación con los fundamentos o motivación del acto. Por lo demás, esto es ratificado por el artículo 28 REP, el cual dispone que el traslado exige de resolución fundada.
- d) El procedimiento administrativo no se encuentra regulado ni por la Ley y el REP. En este caso, se ha de aplicar supletoriamente a la LBPA, especialmente en lo que dice relación con el principio de contradicción (artículo 10°).

En razón de lo expuesto, es perfectamente posible que el juez pueda revisar una resolución administrativa que ordene el traslado de la población penitenciaria, debiendo tener a la vista todos y cada uno de los elementos reglados que comprende dicho acto. A su vez, si considera que no existe conformidad entre el acto y el ordenamiento jurídico, bien puede anular la resolución y dejar sin efecto dicho traslado o, según sea el caso, dictar en su reemplazo otra resolución que adecue a Derecho.⁶¹

Por último, nos interesa destacar en este punto el elemento del fin del acto administrativo, ya que en algunas ocasiones los traslados pueden ser utilizados como una medida disciplinaria o de sanción al margen de lo previsto por la ley y recurriendo a un procedimiento más flexible. Es evidente que en estos supuestos estamos ante una clara desviación de poder, en la medida que se utiliza una potestad pública para un fin público diverso del previsto por la ley, lo que se traduce en la ilegalidad del acto administrativo.

Al respecto, se puede analizar un caso particular para apreciar mejor la situación relativa al objeto. El año 2007 la Corte Suprema adoptó un acuerdo a fin de que los Tribunales de Garantía, de Juicio Oral en lo Penal, de Letras con competencia en Garantía y del Crimen del país "para que se abstengan disponer el ingreso de imputados a un centro penitenciario determinado, labor que corresponde a Gendarmería de Chile precisar e informar al Tribunal [...]". La razón de esta decisión era que dicha práctica entorpecía la labor administrativa de Gendarmería. Sin embargo, a reglón seguido la misma Corte Suprema señala que esta decisión se debe reservar "[...] sólo

61 En principio y bajo el supuesto de un acto ilegal, el recurso se resuelve en base a la nulidad del acto y, por tanto, del traslado ordenado en el mismo. Sin embargo, bien puede suceder que la orden pueda comprender más de un lugar posible para el traslado, como ocurre en el caso que se ordena el traslado de un recluso a determinado establecimiento penitenciario en la medida que exista capacidad para recibirlo, en caso contrario deberá ser destinado a otro establecimiento. En el supuesto que uno de los establecimientos no cumple con las condiciones necesarias para recibir el recluso bien puede el juez anular la orden y dejar sin efecto el traslado y, en su caso, decretar el traslado a uno de los establecimientos que sí cumple con dichas condiciones.

INFORMES EN DERECHO

a casos excepcionales y por motivos fundados que deben ser explicitados en la resolución del respectivo tribunal, coordinándose previamente con Gendarmería para su cumplimiento".

Bien se podría pensar que con esta decisión de la Corte Suprema la intervención de los jueces para controlar los actos administrativos que determinan el lugar de internación de una persona estaría vedada. Dicho en otros términos, los actos de la Administración penitenciaria respecto del lugar en que un interno debe cumplir su condena no sería objeto de control jurisdiccional. Sin embargo, la propia Corte reconoce que los tribunales pueden intervenir en casos fundados, y resulta evidente que se da tal fundamento cuando la decisión ha sido evidentemente ilegal o ha devenido en una flagrante arbitrariedad produciendo en menoscabo en la situación del interno.⁶²

b) Los permisos de salida

Los permisos de salida están regulados en los artículos 96 y ss. REP. Al efecto, el artículo 96 dispone que "los permisos de salida son beneficios que forman parte de las actividades de reinserción social y confieren a quienes se les otorgan gradualmente, mayores espacios de libertad".

Los permisos de salida se distinguen de las medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad contempladas en la Ley N° 18.216, en la medida que son otorgados por la autoridad administrativa una vez que ha comenzado el cumplimiento de la condena. En cambios dichas medidas son otorgadas por el juez en la misma sentencia condenatoria e implica —tal como lo dice su nombre— una alternativa de cumplimiento a la condena privativa o restrictiva de libertad. A su vez, estos permisos presentan similitudes con figura de la libertad condicional regulada en el Decreto Ley N° 321 y su reglamento (Decreto Supremo N° 2.442, de 1926, del Ministerio de Justicia), ya que ambas son otorgadas por autoridades administrativas. Sin embargo, se ha distinguido entre ellos sobre la base de su finalidad: mientras los permisos de salida constituyen una medida de tratamiento destinada a satisfacer una necesidad de reinserción social; la libertad condicional supone un condenado resocializado, aspecto que se puede determinar sobre la base de diversos factores, uno de los cuales dice relación con los permisos de salida.⁶³

Desde nuestra perspectiva de análisis, el permiso de salida tiene las siguientes características:

62 Se podría plantear alguna discusión respecto del alcance de este auto acordado con lo dispuesto en el artículo 14 letra f) COT y las facultades del Juez de Garantía. En mi opinión este auto acordado es concordante con dicha disposición, en la medida que trata de delimitar el ámbito de acción de la autoridad administrativa y las facultades de los jueces, en orden a evitar que la actividad judicial tienda a sustituir la función y poder decisorio que la ley entrega a la Administración. En tal sentido, a Gendarmería le corresponde adoptar las determinaciones respecto del objeto de funcionamiento y gestión de los establecimientos penitenciarios, pero dichas decisiones siempre podrán ser objeto de control judicial, especialmente en los casos en que éstos vulneren el ordenamiento jurídico o los derechos de los reclusos. Así las cosas, bien puede la autoridad dejar sin efecto una orden de traslado que sea legal cuando el lugar de destino no cumpla con las condiciones mínimas que se deben garantizar (supuesto de hecho del acto administrativo). Por su parte, en tal evento Gendarmería podrá determinar otro lugar, siempre y cuando cumpla con dichas condiciones y en el marco de la legalidad. Bien puede ocurrir que las alternativas que tenga Gendarmería se reduzcan a una sola, la cual lleva a ordenar el ingreso a un centro penitenciario determinado. Sin embargo, en tal caso el juez no está asumiendo una función administrativa, sino que simplemente está señalando el margen de legalidad en la actuación aun cuando éste sea acotado.

63 Véase SALINERO RATES, María Alicia. *Los permisos de salida en la legislación chilena* (Santiago, Inédito, 2007), p. 15.

INFORMES EN DERECHO

- a) Es una potestad pública atribuida de forma exclusiva a los Jefes de los Establecimiento Penitenciarios. Al respecto llama la atención que esta potestad sea atribuida a través de un reglamento, en este caso el REP, pues nuestro ordenamiento constitucional es estricto en el sentido que las potestades públicas han de ser atribuidas por ley (artículos 6° y 7° CPR y 2° LBGAE).
- b) A nuestro parecer se trata de una potestad reglada, en la medida que sus diversos elementos vienen determinados por el REP:

- La autoridad competente;
 - Los fundamentos o motivos para su ejercicio. En este punto se debe destacar los supuestos de hecho que permiten su otorgamiento, tal como lo señala el artículo 96 REP: su concesión dependerá, fundamentalmente, de las necesidades de reinserción social del interno y de la evaluación que se efectúe respecto de su participación en las actividades para la reinserción social que, con su colaboración, se hayan determinado según los requerimientos específicos de atención, de modo que pueda presumirse que respetará las normas que regulan el beneficio y no continuará su actividad delictiva. Ahora bien, tal como se ha indicado anteriormente, estamos ante conceptos jurídicos indeterminados (necesidades de reinserción social del interno) y, en su caso, de hechos que sirvan de base para presumir el respeto de las normas que regulan el beneficio y el cese en la actividad delictiva. Así las cosas, y en parecer de este informante, esta potestad no tiene un carácter discrecional, especialmente porque la calificación de los hechos que le sirven de base no dan lugar a dos o más posibilidades de actuación válida. Más aún, la existencia o no de los hechos que le sirven de base y su calificación pueden ser perfectamente revisadas por el juez.⁶⁴
- c) El ejercicio de esta potestad se ha de materializar en un acto administrativo bajo la forma de resolución. En tal sentido y tal como lo hemos señalado anteriormente, ésta debe cumplir con todos los requisitos de forma previstos en el artículo 41 LBPA, especialmente en lo que dice relación con los fundamentos o motivación del acto.
- d) El procedimiento administrativo se encuentra regulado parcialmente. Al efecto se establece la exigencia de un informe que debe emitir el Consejo Técnico, el cual es vinculante, en la medida que sólo se puede conceder el permiso a los internos que gocen de informe favorable.⁶⁵

64 La mayoría de la doctrina se inclina por sostener la negación de la existencia de discrecionalidad en la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados, sobre la base de la idea de unidad en la solución justa. En tal sentido, se sostiene que la concreción y aplicación de los conceptos jurídicos determinados es un supuesto de aplicación de la ley al caso concreto, de igual modo que lo es en el caso de aplicar un concepto jurídico determinado. Por su parte, la interpretación de las normas jurídicas necesariamente ha de llevar a una única solución justa de acuerdo con el ideal de justicia contenida en la norma. Así las cosas, los conceptos jurídicos indeterminados llevan al operador jurídico a encontrar o descubrir dicha solución justa. En buenas cuentas, la indeterminación del concepto no impide que en el caso en concreto lleve a esta solución única. De esta forma, la interpretación que realiza la Administración de un concepto jurídico indeterminado es plenamente revisable por los tribunales de justicia, quienes tendrán la última palabra sobre la materia con fuerza de cosa juzgada. Véase GARCÍA OT EYUBIHA, *La lucha contra las inmundades del poder...* op. cit. (nota 48), p. 35; y SANZ MASEO, *Conceptos...* op. cit. (nota 48), p. 72 y 166-168.

65 Llama la atención que sea un reglamento el que establece el carácter vinculante de este informe, en la medida que hace excepción a la regla general contenida en el artículo 38 LBPA, en la cual establece que por regla general los informes son facultativos y no vinculantes. Por su parte, también es llamativo el hecho que las sesiones sean secretas (artículo 98 REP), siendo que por mandato constitucional los actos de los órganos del Estado son públicos (artículo 8° CPR complementada por la Ley N° 20.285).

INFORMES EN DERECHO

Nuevamente debemos arribar a la conclusión que es perfectamente posible que el juez pueda revisar una resolución administrativa que deniegue un permiso de salida, en la medida que puede revisar de forma plena todos y cada uno de los elementos reglados que comprende dicho acto. A su vez, si considera que no existe conformidad entre el acto y el ordenamiento jurídico, bien puede anular la resolución que niega este permiso y dictar en su reemplazo dando lugar al mismo, en la medida que estamos ante un acto reglado que puede dar lugar a una única solución conforme a Derecho; si la denegación es legal, se mantiene el acto, pero si es ilegal necesariamente deberá otorgarse el permiso y así lo debe declarar el juez.

7) CONCLUSIONES

Conforme a lo expuesto, es posible formular las siguientes conclusiones:

- 1) La actividad penitenciaria constituye en el ordenamiento jurídico nacional una actividad que está asignada por los órganos que integran la Administración del Estado, en este caso al Ministerio de Justicia, que formula las políticas, planes y programas sobre la materia, y Gendarmería de Chile como servicio público centralizados que tiene a su cargo la ejecución de dichas políticas, planes, programas y normas.
- 2) La naturaleza del Derecho penitenciario ha sido objeto de una larga discusión, tanto por los cultivadores del Derecho penal, Derecho procesal y Derecho administrativo, sin perjuicio de quienes han sostenido su autonomía respecto de cualquier otra disciplina. Sin embargo, se ha de reconocer que una parte importante de sus normas son de marcado carácter jurídico administrativo, en la medida que los sujetos que intervienen, sus procedimientos y actos son de esta administrativa. Esto significa que los órganos de la Administración penitenciaria y las personas que están sometidas a esta relación jurídico-administrativa se han de someter a los principios y normas que conforman el estatuto común de la Administración del Estado, con las excepciones que contemple sus estatutos especiales.
- 3) En el mismo sentido, las fuentes del Derecho penitenciario, sus principios y normas se estructuran a partir del Derecho administrativo general, sin perjuicio que en el ámbito del Derecho penitenciario se han ido delineando algunos principios particulares, sobre todo por la singularidad de la actividad que se regula y la situación de los sujetos destinatarios de esta acción administrativa.
- 4) La naturaleza de la relación que se produce entre la Administración y los internos en los establecimientos penitenciarios se ha tratado de explicar bajo la forma de una relación de sujeción especial, como una forma de justificar la intervención en su esfera jurídica sin contar una habilitación legal previa y la reserva legal en materia de derechos fundamentales. Sin embargo, esta posición se ha matizado, reconociendo la aplicación del principio de legalidad teniendo presente la imposibilidad de poder establecer un conjunto de poderes acotados dado la multiplicidad de supuestos que se dan en estas relaciones. Esta es la tendencia que ha seguido nuestro Tribunal Constitucional y el Reglamento de Establecimiento Penitenciario (artículo 2°), sin perjuicio de los serios problemas que plantea este texto normativo respecto de la exigencia de reserva legal sobre la materia.
- 5) En atención a lo anterior, los mecanismos generales del control de los actos de la Administración también se proyectan a la actividad penitenciaria, tanto en el orden administrativo, político y jurisdiccional. En este último aspecto, el control

BIBLIOGRAFÍA

- ALARCÓN JAÑA, Pablo Andrés, *Discrecionalidad administrativa. Un estudio de la jurisprudencia chilena* (Santiago, Conosur, 2000).
- BACIGALUPO, Mariano, *La discrecionalidad administrativa. Estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución* (Madrid, Marcial Pons, 1997).
- BEECHE, HÉCTOR, *Sistemática de la ciencia penitenciaria en Revista de Estudios Penitenciarios* Nos. 67 a 74 (1950-1951).
- BOCANEGRA SIERRA, Raúl, *La teoría del acto administrativo* (Madrid, Iustel, 2005).
- BOCANEGRA SIERRA, Raúl, *Lecciones sobre el acto administrativo* (Madrid, Civitas, 2006).
- CANO MATA, Antonio, *Derecho administrativo penitenciario: Protección del Recluso en Revista de Administración Pública* N° 76 (1975).
- CARNELUTTI, Francesco, *Lecciones sobre el proceso penal* (Buenos Aires, Ediciones jurídicas Europa-América, Bosch y Cía. Editores, 1950).
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás R., *De la arbitrariedad de la Administración* (4° ed. Madrid, Civitas, 2002).
- FERRADA BORQUEZ, Juan Carlos y otros, *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* (Vaidivia) vol. 14.
- FLEINER, Fritz, *Instituciones de Derecho Administrativo* (Barcelona, Editorial Labor, traducción sobre la 8.a ed. del alemán, 1933).
- FORSTHOFF, Ernst, *Tratado de Derecho Administrativo* (Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1958).
- GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, *Las relaciones de sujeción especial y el principio de legalidad de la Administración en Revista de Administración Pública* N° 34 (1961).
- GAMBIER, Beltrán y ROSSI, Alejandro, *Derecho administrativo penitenciario*, (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000).
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ Tomás R. *Curso de Derecho Administrativo* (9ª ed., Madrid, Civitas, 1999).
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *as Transformaciones de la Justicia Administrativa: De excepción singular a la plenitud jurisdiccional. ¿Un cambio de paradigma?* (Madrid, Thomson Civitas, 2007).
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo: poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos* (Madrid, Civitas, 1983).

- adquiere cierta particularidad considerando la forma como se han conformado las acciones contencioso administrativas, destinadas a la anulación de los actos formales de la Administración, el cese de los actos materiales ilegales y, en su caso, la responsabilidad patrimonial que esto puede conllevar.
- 6) La competencia que tiene el juez de garantía para hacer ejecutar las condenas criminales y las medidas de seguridad, y resolver las solicitudes y reclamos relativos a dicha ejecución, constituye respecto de la actividad penitenciaria un verdadero contencioso administrativo especial, en la medida que el juez deberá considerar que se encuentra frente a actos administrativos y actuaciones materiales de la Administración penitenciaria, los cuales deben ser examinados y juzgados conforme a su naturaleza y elementos, a fin de determinar los efectos que derivan de un acto ilegal (nulidad del acto administrativo y cese de los actos materiales).
- 7) Respecto de los actos administrativos, el juez debe examinar cada uno de los elementos del acto administrativo, a fin de establecer su conformidad con el ordenamiento jurídico. Al efecto, deberá determinar la competencia e investidura de la autoridad que dictó dicho acto; los motivos de hecho y de Derecho que le sirven de fundamento; la legalidad de su objeto; el cumplimiento del fin específico para el cual fue otorgada la potestad; y sus aspectos formales (procedimiento y extensión del acto).
- 8) Las técnicas generales de control de la discrecionalidad son plenamente aplicables respecto de los actos formales de la Administración penitenciaria, especialmente el establecimiento y apreciación de los hechos determinantes para dictar el acto, la desviación de poder y, especialmente, la aplicación de los principios generales del Derecho, como es la no discriminación, proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad, presunción de inocencia, buena fe, etc. Asimismo se deben destacar el control respecto de los motivos del acto administrativo, sobre todo si la actual LBPA exige que estos deben expresarse en el acto.
- 9) La aplicación de las reglas y principios enunciados se aplican perfectamente a los traslados y permisos de salida, en la medida que ambas son potestades públicas regladas y que se materializan en actos administrativos que deben responder a las exigencias que establece nuestro ordenamiento jurídico, lo que permite a su vez una adecuada revisión por parte de la autoridad judicial, la que puede anular dichas decisiones y, en su caso, dictar una resolución en sustitución de la misma.
- 10) Por último, respecto de los actos materiales debemos señalar que siempre este tipo de actuaciones deben reconocer un título o fundamento, es decir, un acto administrativo previo que le sirva de fundamento. Así, si una actuación material carece de fundamento jurídico o se aparta de los términos del título, debe hacerse cesar, ordenándose la restitución del estado material de cosas existente al momento anterior a su realización y, en su caso, su reconducción estricta a los términos previsto en el título.

INFORMES EN DERECHO

- GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo, Problemas del Derecho Público al comienzo de siglo (Madrid, Civitas, 2001).
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, La prisión (México, Fondo de Cultura Económica-Universidad Nacional Autónoma de México, 1975).
- GASCÓN Y MARÍN, José, Tratado de Derecho Administrativo (10ª ed., Madrid, Bernego, 1950).
- GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco, Poder domesticador del Estado y derechos del recluso, en Estudios de la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría (Madrid, Civitas, 1991).
- GUAITA MARTORELL, Aurelio, Derecho Administrativo especial (Zaragoza, Librería General, 1960).
- GUZMÁN DALBORA, José Luis, Consideraciones críticas sobre el reglamento penitenciario chileno en ZAFFARONI, Eugenio Raúl, De las penas: Homenaje al profesor Isidoro de Benedetti, 1997.
- JARA SCHNETTLER, Jaime, La Nulidad de Derecho público ante la doctrina (Santiago, Libromar, 2004).
- KRIEGSMANN, N. H., Einführung in die Gefängnissskunde (Heidelberg, Carl WinterUniversitätsbuchhandlung, 1912) traducida posteriormente por BANCES, R. P. como Preceptiva penitenciaria (Madrid, Imp. de Alrededor del Mundo, 1917).
- LÜDER, Italo A., El sistema jurídico de la ejecución penal (La Plata, Instituto de Investigaciones y Docencia Criminológicas, 1959).
- MAURACH, Reinhart, Tratado de Derecho penal (2 v., Ariel, Barcelona, 1962-1963).
- MAYER, Otto, Derecho Administrativo Alemán (Buenos Aires, Depalma, 1984).
- MORRIS, Norval, El futuro de las prisiones (6ª ed. México, Siglo XXI, 2002).
- PANTOJA BAUZA, Rolando, La jurisdicción contencioso-administrativa. Decisiones legislativas al año 2001 (Santiago, Fundación Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2000).
- PANTOJA BAUZA, Rolando, La organización de la Administración del Estado (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004).
- PAREJO ALFONSO, Luciano, Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias (Madrid, 1993).
- PLAWSKY, Stanislaw, Droit pénitentiaire (Lille, Université de Lille III, 1977).
- RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel, El derecho de ejecución de las penas y su enseñanza en Revista Penal-Penitenciaria de Santa Fe, 3-4 (1965).
- RIVACOBA Y RIVACOBA, MANUEL, Objeto, funciones y principios del denominado Derecho penitenciario en Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado N°2 (2000).

INFORMES EN DERECHO

- SAINZ MORENO, Fernando, Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa (Madrid, Civitas, 1976).
- SALINERO RATES, María Luisa, Los permisos de salida en la legislación chilena (Santiago, Inédito, 2007), p. 15.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, Fundamentos de Derecho Administrativo (Madrid, Ramón Areces, 1991).
- SAYAGUÉS LAZO, Enrique, Tratado de Derecho Administrativo (Montevideo, Editorial Martín Bianchi Altuna, 1959), T. II.
- SILVA CIMMA, Enrique, Derecho Administrativo chileno y comparado. El control público (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1994).
- SIRACUSA, Francesco, Istituzioni di Diritto penitenziario (Milano, Uirico Hoepli Editore, 1935).
- SOLER, Sebastián, Derecho penal argentino (El Ateneo, Buenos Aires-Córdoba, 1940).
- SOTO KLOSS, Eduardo, El Recurso de Protección, Doctrina y Jurisprudencia (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1982).
- SOTO KLOSS, Eduardo, La nulidad de Derecho público de los actos estatales y su imprescriptibilidad en el Derecho chileno en Ius Publicum N° 4 (2000).
- SOTO KLOSS, Eduardo, La nulidad de Derecho público en el Derecho chileno en Revista de Derecho Público Nos. 47-48 (1990).
- SOTO KLOSS, Eduardo, La nulidad de Derecho público referida a los actos de la Administración en Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso, vol. XIV, (1991-1992).
- SOTO KLOSS, Eduardo, La nulidad de Derecho público: su actualidad en Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso, vol. XVIII, (1997).
- SOTO KLOSS, Eduardo, Lo contencioso administrativo y los tribunales ordinarios de justicia en Revista de Derecho Público, N°s 21/22 (1977).
- SPIEGEL, Ludwig, Derecho Administrativo (Barcelona-Buenos Aires, Editorial Labor, 1933).