



Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
Facultad de Derecho
Escuela de Derecho

EL CONTROL JUDICIAL EN LA EJECUCIÓN PENAL

MEMORISTA: María-Jesús Astorquiza Arrate

PROFESORA GUÍA: Juan Francisco Rivera

Valparaíso, enero de 2017

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I: EL DERECHO PENITENCIARIO	
I. Consideraciones generales.....	4
II. Concepto.....	5
III. Naturaleza.....	-8
IV. Principios.....	9
1. Legalidad.....	10
2. Resocialización.....	12
3. Presunción de Inocencia.....	14
4. Proporcionalidad.....	15
5. Humanidad de las Penas.....	17
6. Judicialización.....	18
V. Relación jurídico-penitenciaria entre Estado e interno.....	19
1. Sujeción especial.....	19
2. Posición especial de garante del Estado.....	21
VI. Estatuto del recluso: derechos y obligaciones.....	23
VII. Problemas.....	25
CAPÍTULO II: EL CONTROL EN LA EJECUCIÓN PENAL	
I. Necesidad de un control objetivo y legítimo.....	27
II. Legislación vigente.....	29
1. Fuentes internacionales.....	30
2. Fuentes nacionales.....	32
III. Tipos de control sobre la Administración Penitenciaria.....	33
IV. Mecanismos de control de la actividad penitenciaria.....	35
1. Recurso ante la Administración.....	35
2. Procedimientos judiciales.....	38
2.1 Procedimientos ante el Juez de Garantía.....	38
2.1.1 Audiencia de los artículos 466 y 467 CPP.....	38
2.1.2 Cautela de Garantías.....	39
2.2 Recursos ante las Cortes de Apelaciones.....	40
2.2.1 Acción Constitucional de Protección.....	41
2.2.2 Recurso de Amparo.....	42
3. Denuncia ante Gendarmería.....	42
4. Críticas.....	43
5. Mecanismos de protección de los derechos humanos en el sistema interamericano..	43
5.1 Comisión Interamericana de Derechos Humanos.....	44
5.2 Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	44
V. Juez de vigilancia penitenciaria como figura ideal.....	44
CONCLUSIONES.....	51
BIBLIOGRAFÍA.....	55

INTRODUCCIÓN

El sistema de penas impuestas por la sociedad a quienes cometen un delito ha variado considerablemente en el tiempo. En un principio fueron sangrientas y atroces, concentradas en el castigo físico, que terminaban acabando con la vida del sujeto. Con el paso del tiempo, como señala Michel Foucault- se cansaron de castigar ya a los cuerpos y se dedicaron a castigar a las almas, encerrándolos y aislándolos del mundo exterior para que pudieran redimirse espiritualmente, dentro de sus murallas ubicadas en el corazón de las ciudades¹. A partir de tal cambio en el modo de castigar a quienes cometen un delito, surge una nueva normativa que regula este especial tipo de pena: la privación de libertad.

Así, en el primer capítulo nos enfocaremos en esta rama del derecho, que corresponde al último de los tres ámbitos que forman parte del Derecho penal, a saber: sustantivo, adjetivo y ejecutorio. Revisaremos su definición, pues existe un concepto de Derecho penitenciario amplio y otro estricto, dependiendo de los supuestos que incluye cada uno. Luego analizaremos la naturaleza de este derecho que regula las sanciones y medidas privativas de libertad. Algunos autores señalan que es penal, mientras otros aseveran que es de naturaleza administrativa, pues es Gendarmería, un órgano perteneciente a la Administración, quien en la práctica se hace cargo de los recintos penitenciarios donde se lleva a cabo la privación de libertad.

Se indican los principios que informan el Derecho penitenciario, analizando su fuente, postulados y aplicación, para dilucidar si se respetan en la realidad de nuestro país. Estos son el principio de legalidad, resocialización, presunción de inocencia, proporcionalidad, humanidad de las penas, y judicialización, el cual revisaremos con mayor detalle en el segundo capítulo.

Entre el Estado y el sujeto privado de libertad, surge una relación jurídica penitenciaria. El interno se encuentra sujeto al poder estatal, representado por la autoridad administrativa que corresponde a Gendarmería de Chile. Esta institución cuenta con amplias facultades discrecionales, lo que sumado a las bajas posibilidades de defensa de los internos y a la inexistencia de un órgano externo que controle tales situaciones, como veremos, llevan a que en la práctica se sostenga que en Chile aún subsiste la teoría de la sujeción especial, vulnerando el principio de legalidad, los derechos fundamentales y su protección.

A su vez, se trata de una relación jurídica de derecho público, 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 más, el Estado asume en esta materia una especial posición de garante, en virtud del cual debe actuar y tomar todas las medidas necesarias para que los internos que están bajo su cuidado puedan ejercer sus derechos no afectados por la pena, evitando que sean violentados, y respetando el principio de legalidad.

Los reclusos también son titulares de una serie de derechos que no poseen las personas libres, puesto que solo tienen sentido si se está privado de libertad. De este modo cabe mencionar el derecho a las salidas, el derecho a la educación y al trabajo dentro del recinto penitenciario, derecho de comunicarse al exterior, derecho a recibir visitas y el derecho de efectuar peticiones y quejas. A su vez, también deben cumplir con una serie de deberes, que como veremos, se encuentran contemplados en el artículo 33 del Reglamento de establecimientos penitenciarios (REP). Sin embargo, en el plano fáctico estos deberes resultan ser bastante más extensos, pues es Gendarmería de Chile el órgano que convive directamente

¹ FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar* (Buenos Aires, Editorial Siglo XXI, 2002), p.139

con los internos y que puede dar órdenes, de forma caprichosa si así quisiera, sin ser controlado.

Al finalizar el primer capítulo, se enuncia una serie de problemas y conflictos que presenta la ejecución penitenciaria en Chile. El hecho que la principal norma que regula el tratamiento penitenciario sea un reglamento, el Decreto N° 518 del Ministerio de Justicia 1998, pone en evidencia entre otras cosas, que ha habido una escasa preocupación, sobre todo de las autoridades políticas, por abordar un área tan sensible como son los derechos que le corresponden a quienes se encuentran privados de libertad. En ese sentido, se destaca la falta un control jurisdiccional en el ámbito penitenciario que conozca de los conflictos suscitados durante la etapa de ejecución penitenciaria, controle la función de Gendarmería, y proteja los derechos fundamentales de los internos. Si bien esto último se encuentra consagrado en normas nacionales e internacionales, en Chile aún no existe una vía especial para hacer valer estos derechos.

El segundo capítulo trata exclusivamente del control en la etapa de ejecución penal. En primer término se señalan las razones por las que es necesario su reconocimiento y establecimiento. Agotada la fase declarativa del procedimiento penal parece no interesar a nadie, salvo algunas excepciones, saber qué sucede después de la firmeza de la sentencia condenatoria. En consecuencia, es necesario centrar la atención en este aspecto del ejercicio de la potestad penal del Estado, fundamentalmente a raíz del detrimento que pueden sufrir los derechos del individuo con motivo de la ejecución de la condena.

Hay que tener claro que el derecho a defensa no se termina con la dictación de una sentencia condenatoria. El condenado mantiene intacto el resto de los derechos no afectados por ella, entre los cuales se encuentra el derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado en diversos instrumentos internacionales además de formar parte de la garantía constitucional del debido proceso. Así las cosas, los internos tienen derecho a efectuar solicitudes, reclamaciones y peticiones ante tribunales, ejerciendo de esta forma sus derechos fundamentales. Sin embargo, esto no ocurre en la práctica. Es necesario establecer un mecanismo a través del cual se puedan ejercer tales derechos, pues no sirve establecer normativamente garantías frente a la ejecución penal, si no se regula su forma de protección.

En derecho comparado encontramos distintos sistemas a los que los países han optado para salvaguardar los derechos de los reclusos, pareciendo ser el más idóneo el denominado “control directo”, a cargo de un órgano jurisdiccional especializado. A pesar de que en Chile no tengamos una magistratura de tal característica, el sujeto privado de libertad no se encuentra en completa indefensión. A través de la aplicación y cierta adecuación de normas generales, determinados conflictos y solicitudes pueden alcanzar el ámbito judicial.

Finalmente, se analiza la figura del Juez de Ejecución o Vigilancia Penitenciaria como figura idónea para terminar con los conflictos de competencia y garantizar la protección de los derechos de los internos. Sin embargo, esto no es lo único que habría que modificar para contar con un Derecho Penitenciario regulado como corresponde, sino que es necesario realizar una modificación sustancial en el sistema.

En efecto, tal como señala MONTILLA, con la llegada de la prisión como sanción penal, se comienza una época de ensayo y error en lo que a sistemas penitenciarios se refiere. Época que todavía no ha culminado y que probablemente no culminará hasta encontrar un sistema

penitenciario perfecto, libre de críticas y perdurable en el tiempo, que asegure la total resocialización del recluso y que garantice la no reincidencia de los ex reclusos².

² MONTILLA, Hilda, *Evolución de la pena privativa de libertad y la historia de las cárceles* [visible en: <http://es.scribd.com/doc/226566957/Evolucion-de-La-Pena-Privativa-de-Libertad-y-La-Historia-de-Las-Carceles#scribd>]

CAPÍTULO I: EL DERECHO PENITENCIARIO

I. Consideraciones generales

Antes de comenzar el análisis del Derecho penitenciario chileno, específicamente de la ausencia de un control jurisdiccional especializado, es menester comprender la relación jurídica que genera el delito entre el Estado, que dicta y hace cumplir las normas penales, y el infractor de ellas, que deberá sufrir la sanción penal. La imposición de esta sanción se realiza a través de un proceso inserto en el marco del ordenamiento jurídico, a través del ejercicio del *ius puniendi* por parte del ente estatal. Este puede ser definido como la potestad en virtud de la cual el Estado, revestido de su poderío o imperio, declara punibles determinadas conductas que, por su especial gravedad, atentan contra la convivencia comunitaria pacífica, y les impone penas o medidas de seguridad a título de consecuencia jurídica³.

Se justifica la existencia de esta potestad en la necesidad de proteger los bienes jurídicos esenciales para la convivencia en sociedad, frente a los ataques que los mismos miembros puedan dirigirles⁴. En efecto, el Derecho penal se compone por el conjunto de normas que regulan la potestad punitiva del Estado, asociando a ciertos hechos, estrictamente determinados por la ley como presupuesto, una pena o una medida de seguridad o corrección como consecuencia, con el objeto de asegurar el respeto por los valores elementales sobre los cuales descansa la convivencia humana pacífica⁵. Para resguardar dichos bienes, la potestad penal se manifiesta en distintos ámbitos, que componen el ordenamiento penal en cuanto subsistema del sistema global del control social estatal: substantivo, adjetivo y ejecutivo.

En primer término, el Derecho penal substantivo o material puede ser estudiado desde dos perspectivas. Por un lado, la dogmática jurídico-penal, o simplemente Derecho penal, se define como la ciencia del Derecho penal que se ocupa del delito y de las sanciones penales desde un punto de vista conceptual. Tiene como objetivo la determinación abstracta de los delitos, describiendo cada uno de los tipos, y la conminación legal de las penas, para su sistematización y correcta aplicación⁶. Amenaza con el castigo a través de la norma.

El Derecho penal material también puede apreciarse desde el punto de vista de la política criminal, definida como la ciencia de la que se deriva el arte de explorar, buscar y hallar soluciones legales que vengan a mejorar la eficacia y justicia del ordenamiento penal propio de cada sociedad y momento histórico⁷.

En segundo lugar, el Derecho penal adjetivo es aquel que estudia las normas de procedimiento a que debe sujetarse el órgano jurisdiccional para la determinación de los delitos y el juzgamiento de los delincuentes. Su función es establecer mecanismos adecuados para probar los hechos que configuran cada delito y fijar las bases mínimas que aseguren un juicio equitativo a quienes lo hubieren cometido⁸. Se trata del procedimiento penal, específicamente ligado a la fase de imposición de la pena, que se traduce en la aplicación de la sentencia dictada por el tribunal competente, a quien resulte ser responsable de un delito en particular, luego de haberse seguido un juicio en su contra.

³ VELÁSQUEZ, *Derecho Penal. Parte General* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009), I, p.81

⁴ RODRIGUEZ, RIVERA, MAYER. (2014) El Derecho penal y las ciencias penales [material de clases]. Derecho Penal I, PUCV, Valparaíso, p.1

⁵ CURY, *Derecho Penal. Parte General* (8ª edición, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005), p.37

⁶ RODRIGUEZ, RIVERA, MAYER, cit. (n. 4), p.4

⁷ BLANCO, Carlos, *Tratado de política criminal* (Barcelona, J.M. Bosch Editor, 2007), I: Fundamentos científicos y metodológicos de la lucha contra el delito, p.63

⁸ RODRIGUEZ, RIVERA, MAYER, cit. (n. 4), p.5

Finalmente, el Derecho penal ejecutivo, tiene como objeto las normas que rigen el cumplimiento o ejecución de las penas que imponen los tribunales previo proceso legalmente tramitado mediante la condena⁹. Según CESANO, consiste en un sistema normativo, integrado por preceptos tanto de derecho penal sustantivo así como de reglas administrativas y procesales, que regulan el complejo de relaciones jurídicas que se dan entre el Estado y el condenado, desde el momento en que la sentencia legitima la ejecución de la pena en general o de la medida de seguridad, y hasta que dicha ejecución se complete¹⁰. Es en esta etapa final del sistema punitivo, en la fase de la ejecución penal, en la que el delincuente se ve afectado en sus derechos, representado principalmente por la privación de libertad.

En cierta forma, cada una de esas instancias del sistema está ocupada por cada uno de los poderes que emanan de la división tripartita del Estado. El ámbito penitenciario lo está por el Poder Ejecutivo, el procesal por el Judicial, y el penal material por el Legislativo. En todos ellos el individuo queda sometido al poder estatal, no siéndole posible abstraerse del rigor de la ley, de la sentencia, o de la forma en como debe ejecutarse la condena. Estos tres segmentos deben ser parte de un todo, proclamando la unidad del sistema penal. De otra forma se rompe con la necesaria unidad del Derecho penal y, lo que es mas grave, existe el peligro de que desaparezcan o se aminoren los derechos y garantías que la carta fundamental consagra de manera general para todos los individuos, sean respetuosos del derecho o infractores del mismo.

Muchas veces se ha proclamado que de nada sirve el mejor Código Penal o el Código Procesal Penal más garantista que se pueda elaborar, si en la fase ejecutiva, al momento de cumplir las penas, nos encontramos con una realidad dramática, en que la pena es un fin en sí misma y el que la sufre es considerado una suerte de desecho social, resultando una utopía su rehabilitación, lo que desvirtúa violentamente todo progreso que haya sido posible alcanzar en las fases anteriores¹¹.

II. Concepto

Dentro del contexto de la lucha estatal contra la delincuencia, la ejecución penal tiene un papel fundamental. La pena es la consecuencia que la ley señala cuando se ha producido el quebrantamiento de la norma. Intrínsecamente, es una pérdida o menoscabo de derechos personales que sufre el autor de la transgresión. Mirada exclusivamente desde el punto de vista del delincuente, la pena puede ser considerada un mal; no así, ciertamente, desde un punto de vista social. E incluso desde el ángulo del delincuente, la ejecución de la pena puede significar un bien en el sentido de educarlo social y moralmente y alejarlo de futuras infracciones¹². Es en la finalidad de la imposición de la pena donde radica su importancia, que de acuerdo a la doctrina mayoritaria, corresponde a un fin preventivo especial. Ello consiste en que con la

⁹ RODRIGUEZ, RIVERA, MAYER, cit. (n. 4), p.1

¹⁰ CESANO, José Daniel, *Derecho penitenciario: aproximación a sus fundamentos* (Córdova, Alveroni Ediciones, 2007), p.20. En el mismo sentido, Eugenio Cuello Calón, refiriéndose al que él llama Derecho de ejecución penal, indica que “contiene las normas jurídicas que regulan la ejecución de las penas y medidas de seguridad, con un predominante sentido de garantía de los derechos del penado”. CUELLO CALÓN, Eugenio, *La moderna penología* (Barcelona, Editorial Bosch, 1958), p.13

¹¹ KUNSEMULLER LOEBENFELDER, Carlos, *La judicialización de la ejecución penal*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* XXVI (2005), p.115

¹² ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal. Parte General* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1999), I, p.30

aplicación de la pena se evite la comisión de nuevos delitos por parte de quien ya ha delinquirido, concretizando la idea de resocialización¹³.

La noción de tratamiento penitenciario se vincula directamente a las funciones que la pena puede servir en torno a objetivos de prevención especial positiva. Es decir, simboliza la idea de que la ejecución de la pena debe considerar instancias cuyo objetivo concreto apunte a incorporar en el condenado diversas clases de contenidos -principios, valores, hábitos, costumbres, habilidades, competencias, conocimientos, etc.-, cuya asunción contribuye a disminuir el riesgo de reiteración delictiva¹⁴.

Con la determinación de la pena en la sentencia definitiva, queda habitualmente terminada la tarea del Derecho penal material y adjetivo, dando paso a la aplicación del Derecho penal ejecutivo. El cumplimiento mismo de la pena impuesta pasa a ser de ordinario reglamentado por el Derecho administrativo en general, y tratándose de las penas privativas de libertad, al Derecho penitenciario¹⁵.

Según señala PRADEL, el Derecho penitenciario es la más reciente de las disciplinas penales¹⁶. Precisamente es esta condición la que ha propiciado que dicho término no haya sido ni sea un concepto unánimemente aceptado¹⁷. En efecto, no existe uniformidad en la doctrina sobre la definición de Derecho penitenciario. Podemos distinguir dos corrientes de autores según el sentido en que lo conceptualizan: amplio y restringido.

En primer término, quienes lo definen en un sentido estricto, reservan el contenido del Derecho penitenciario exclusivamente a la ejecución de las penas privativas de libertad. Por la complejidad que representa esta clase de sanciones, la fase ejecutiva tiene una dimensión cualitativamente distinta que justifica contar con un cuerpo legislativo independiente. La pena privativa de libertad consiste esencialmente en el encierro del condenado en un recinto en el cual debe vivir, sometido al régimen de reclusión correspondiente, durante todo el tiempo de la condena. No obstante, no siempre ocurre así, ya que la propia ley prevé la suspensión o sustitución del efectivo cumplimiento por algunas medidas que se estiman equivalentes o más útiles, y permite a veces salidas ocasionales del establecimiento penal o bien la obtención condicional de la libertad antes del término de la condena¹⁸.

Entre los autores que sostienen esta posición minoritaria respecto del contenido del Derecho penitenciario, destaca MAPELLI, quien indica que el objeto de esta rama del derecho es regular el cumplimiento efectivo de la pena privativa de libertad y del proceso de reinserción de los delincuentes. Para este autor, es necesario aclarar que no es objeto de la regulación penitenciaria la ejecución de otras sanciones penales, ni tan siquiera de las medidas de seguridad, aunque estas puedan conllevar el internamiento de la persona. Sin embargo, señala que las circunstancias de la reclusión en los mismos establecimientos penitenciarios por falta de otros más específicos, por una parte, y la progresiva aceptación del sistema vicarial entre penas y medidas, por otra, han favorecido la inclusión en la ley penitenciaria y más aun en su reglamento, de algunas normas referidas al régimen de ejecución de las medidas¹⁹.

¹³ CARNEVALI, Raúl, & MALDONADO, Francisco. *El tratamiento penitenciario en Chile. Especial atención a problemas de constitucionalidad*, en *Ius et Praxis* 19(2) (2013) p.387

¹⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús M., *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo* (Barcelona, Editorial J.M. Bosch, 1992), pp.28-29

¹⁵ ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal. Parte General* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1999), II, p.193

¹⁶ PRADEL, Jean, *Approche comparée du Droit pénitentiaire*, en *Revue de Pénitentiarie e de Droit Pénal* 1 (2005), p.11

¹⁷ TÉLLEZ AGUILERA, Novelli y su tiempo. *Una aproximación a los orígenes y al concepto del Derecho penitenciario*, en *Revista de Estudios Penitenciarios* 255 (2011), p.9

¹⁸ ETCHEBERRY, Alfredo, cit (n.11), p.200

¹⁹ MAPELLI, Borja, *Las consecuencias jurídicas del delito* (Madrid, Editorial Civitas, 1996), p.113

En el mismo sentido se refiere PLAWSKI, manifestando que de esta manera el Derecho penitenciario se presenta como una de las partes más significativas del derecho de ejecución, dedicado exclusivamente al conjunto de normas que regulan aquel complejo de relaciones jurídicas derivadas de la ejecución de las penas privativas de libertad; en tanto que el derecho de ejecución penal adquiere un contenido mucho más amplio, pues se ocupa de todas las consecuencias jurídicas del delito, incluyendo también a las penas de multa, de inhabilitación, las condenas impuestas en forma de ejecución condicional y las medidas de seguridad²⁰.

Por otro lado, la doctrina mayoritaria entiende el Derecho penitenciario en un sentido amplio, como un conjunto de normas que regula todas las medidas de internamiento, comprendiendo las penas privativas de libertad, las medidas de seguridad, la detención y la prisión preventiva. Entre los autores que adhieren a este concepto se encuentra NOVELLI, que lo define como un conjunto de normas jurídicas que regulan la ejecución de las penas y de las medidas de seguridad, desde el momento en que es ejecutivo el título que legitima su ejecución²¹.

Siguiendo la tradición más reciente, nos inclinamos por incluir dentro del Derecho penitenciario, exclusivamente las cuestiones relacionadas con la ejecución de las penas y medidas privativas de libertad. Así también lo señala el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios (REP), sometiendo a sus normas tanto a los detenidos, a las personas sujetas a prisión preventiva, como a los sentenciados a penas privativas de libertad o sustitutivas de ellas²². Por su lado, el Código Procesal Penal (CPP) en su artículo 466 extiende el ámbito de aplicación de las normas penitenciarias a las medidas de seguridad²³. No existe una regulación general y sistemática sobre las medidas de seguridad y su ejecución. Es por ello que la legislación penitenciaria somete a sus normas la ejecución de las medidas de seguridad, extendiendo su ámbito de aplicación²⁴.

El Derecho penitenciario debe regular las privaciones de libertad, puesto que se trata de una restricción de un derecho fundamental. En ese sentido, no hay razón para distinguir el motivo por el cual se está privado de libertad, pues la pérdida de la facultad de ejercer dicho derecho fundamental se ve afectada de igual manera.

Sin embargo, existe una importante diferencia entre los distintos estatus jurídicos de

²⁰ PLAWSKI, Stanislaw, *Droit pénitentiaire* (Lille, Université de Lille, 1977), pp.29-30

²¹ Definición de NOVELLI, citada en GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *La Prisión* (México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1975), p.33. Otras definiciones: Roxin señala como derecho penitenciario aquel que “contiene todas las disposiciones legales sobre el cumplimiento de la pena de prisión, así como de las medidas privativas de libertad” en ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general* (Madrid, Editorial Civitas, 1997), pp. 45-46. Enrique Sanz Delgado lo define como “el conjunto de normas jurídicas que regulan la ejecución de las penas y medidas privativas de libertad” en GARCÍA VALDÉS, Carlos, *Diccionario de Ciencias Penales* (Madrid, Edisofer, 1999), p. 205. Bernardo de Quiros lo entiende como “la disciplina jurídica que, recogiendo las normas fundamentales del Derecho Penal, del que es continuación hasta rematarle, desenvuelve la teoría de la ejecución de las penas, tomada esta palabra en su sentido más amplio, en la cual además entran hoy las llamadas medidas de seguridad, y especialmente, de la ejecución de las penas centrápetas de libertad y de las medidas de seguridad que implican detención o clausura, equivalentes de aquellas” en BERNARDO DE QUIROS, Constancio, *Lecciones de Derecho Penitenciario* (México, Imprenta Universitaria, 1953), pp. 9-10.

²² Artículo 1º REP.- La actividad penitenciaria se regirá por las normas establecidas en el presente Reglamento y tendrá 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.

²³ Artículo 466 inciso 2º CPP.- El condenado o el curador, en su caso, podrán ejercer durante la ejecución de la pena o medida de seguridad todos los derechos y facultades que la normativa penal y penitenciaria le otorgare.

²⁴ HORVITZ, María Inés & LÓPEZ, Julián, *Derecho Procesal Penal Chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005),II, p. 593

cada uno de ellos. Con relación a los detenidos y presos preventivos existe una regulación legal bastante estricta en el CPP, el que contempla diversos medios para reclamar la tutela jurisdiccional en caso de ilegalidad o abuso²⁵. En cambio, respecto de las personas condenadas a penas privativas de libertad la fuente de la regulación tiene rango reglamentario, infringiendo el principio de legalidad, sumado a que los mecanismos jurisdiccionales y administrativos existentes son insuficientes para la adecuada protección jurídica de los derechos que no han sido afectados por la pena o medida de seguridad²⁶. Volveremos sobre este tema más adelante.

III. Naturaleza

Resulta incuestionable que el Derecho penitenciario forma parte del ordenamiento jurídico y que, además se trata de una rama de Derecho público en la medida que abarca parte de las relaciones del Estado con los ciudadanos. Sin embargo, no hay un acuerdo pacífico sobre la rama del ordenamiento público en la que se inserta.

Esto se debe a que, durante la ejecución, se producen injerencias de otras actividades públicas que van apareciendo en conjunto con determinados aspectos penitenciarios. A modo de ejemplo, educación, trabajo y sanidad, que reclaman de una regulación normativa diversa y dispersa.

Por otro lado, las dificultades surgen también de la propia contextura híbrida del Derecho penitenciario. Es fácil encontrar normas sustantivas que reconocen derechos subjetivos de los internos, normas adjetivas que contienen condiciones y presupuestos de legitimidad frente a la jurisdicción penitenciaria y, normas administrativas²⁷.

En esa línea, existen autores que postulan que el Derecho penitenciario forma parte del Derecho administrativo, autores que lo insertan dentro del Derecho penal, y otros que conciben una noción integradora del Derecho penitenciario, otorgándole cierto grado de autonomía.

En primer término encontramos autores como COUSIÑO MAC IVER que conciben que el Derecho penitenciario es mas bien una rama del Derecho administrativo, pues en su operación interviene la administración estatal a través de un servicio público- Gendarmería, en nuestro país- que a su vez tiene a su manejo el sistema carcelario del Estado²⁸. La Administración no solo califica las relaciones jurídicas que nacen entre la norma superior (ley penitenciaria) y los destinatarios, si no que asume la competencia de crear normas. Solo de esta forma puede explicarse el alto grado de discrecionalidad que goza la Administración penitenciaria en la interpretación y desarrollo de estas normas y la escasa concreción de muchos de sus conceptos.

Sin embargo, tal como señala POLITOFF, la consideración de la ejecución de la pena como una simple actividad administrativa significa renunciar a las preguntas sobre legitimidad y funciones del Derecho penal, ininteligibles si se prescinde de lo que pueda suceder en la práctica por obra del Legislador y de las decisiones judiciales. Las decisiones jurídico-penales provocan consecuencias que habitualmente inciden muy íntimamente, muy profundamente en los derechos mas esenciales de los individuos, por lo que los efectos que producen en la realidad social la legislación penal, el proceso penal y la pena son realmente conocidos y

²⁵ A modo de ejemplo, el artículo 150 del CPP que regula la ejecución de la medida de prisión preventiva.

²⁶ HORVITZ, María Inés & LÓPEZ, Julián, cit. (n.20), p. 586

²⁷ Ministerio Público de la Defensa Argentina & Defensoría Penal Pública de Chile, *Ejecución de la pena privativa de libertad: una mirada comparada*, documento de trabajo n°17 (Madrid, programa EUROSOCIAL, 2014), p.25

²⁸ KUNSEMULLER LOEBENFELDER, Carlos, cit. (n. 7), p. 114

valorados como deseados o no deseados²⁹. En efecto, aceptar estas teorías significaría aceptar el debilitamiento de las garantías del Estado de Derecho en donde su vigencia resulta más legitimada por los riesgos de lesión de los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad.

La doctrina mayoritaria le otorga al derecho de ejecución de penas el carácter de una tercera área del Derecho penal, junto al Derecho penal material y al Derecho penal formal. En este sentido, la ciencia del Derecho penal no solo debe preocuparse de estudiar el hecho punible como fenómeno jurídico, sino que también las consecuencias que trae aparejadas para el sujeto condenado y la comunidad. Las tendencias de la moderna dogmática penal tienden precisamente a valorizar al Derecho penal por las consecuencias que provoca en la vida social la ejecución de las decisiones jurisdiccionales adoptadas en su aplicación³⁰.

Una concepción integradora del Derecho penitenciario señala que si bien es parte integrante del Derecho penal, goza de una autonomía relativa. La materia que regula justifica por su complejidad e importancia, un tratamiento autónomo. Se le reconoce un ámbito funcional bien delimitado, posee normas y una jurisdicción propia,³¹ con sus órganos, procedimientos y recursos, y de una política penitenciaria fundada en la investigación empírica de la ciencia penitenciaria.

La doctrina comparada entiende al Derecho penitenciario como una rama del derecho en estricta relación con el Derecho penal y el Derecho procesal penal, constituyendo su prolongación natural en lo referente a la ejecución de la pena, con el Derecho procesal por cuanto la actividad penitenciaria se desempeña bajo el control jurisdiccional de un Juez de Vigilancia Penitenciaria, con el Derecho administrativo por corresponder a la Administración la competencia en la ejecución de las normas penitenciarias, y como referencia fundamental, con el Derecho constitucional por contener la propia Constitución del Estado normas tendientes a garantizar los derechos de los internos³². Claudicar a favor de una solución ecléctica invocando su naturaleza híbrida no es sino una prueba más de las altas dosis de autonomía que reclama la actividad penitenciaria.

IV. Principios

En el Derecho penitenciario, al igual que en otras ramas del derecho, existen principios que informan el contenido del mismo, sirviendo además como guías que han de seguirse para su eventual desarrollo y ejecución. Algunos principios son comunes a otras ramas del derecho y actúan de forma similar, pero hay otros que son propios de esta materia y son reconocidos tanto en la normativa nacional como en la internacional.

Debemos recordar que la actividad penitenciaria se configura como aquella que despliega la Administración penitenciaria con la finalidad de atender, custodiar y asistir a 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 y a los sentenciados sometidos a medidas de seguridad³³.

Cuando una persona ingresa, sin importar su condición procesal, en un centro penitenciario, lo hace en virtud de una orden o mandato en el cual se encomienda a la

²⁹ POLITOFF, Sergio, *Derecho Penal* (Santiago, Editorial Jurídica Conosur, 2001), I, p. 8

³⁰ KUNSEMULLER LOEBENFELDER, Carlos, cit. (n. 7), p. 115

³¹ Sin embargo, Chile no posee una jurisdicción penitenciaria especial, como veremos más adelante.

³² GARCÍA VALDÉS, Carlos, *Diccionario de Ciencias Penales* (Madrid, Edisofer, 1999), p. 205

³³ Artículo 1° del Decreto 518 que contiene el Reglamento de establecimientos penitenciarios, 1998.

Administración su retención y custodia. Le corresponde también el deber de garantizar y velar por la seguridad y el orden al interior del establecimiento, tarea que lleva a cabo mediante el respectivo régimen penitenciario³⁴.

Este régimen cuenta con sus propios principios inspiradores, aquellas características básicas del mismo que determinan su papel de marco, dentro del cual se desarrolla la ejecución de la pena privativa de libertad³⁵.

1. Legalidad

“*Nullum crimen, nulla poena, nulla executio sine lege*”³⁶. Este principio se origina en los postulados de BECCARIA, que ya a mediados del siglo XVIII establece que solo las leyes pueden decretar las penas de los delitos, y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador, que representa toda la sociedad unida por el contrato social³⁷. Para que una conducta sea calificada como delito, tanto ella como su sanción deben ser descritas en la ley con anterioridad a su realización.

Es el principal límite impuesto por las exigencias del Estado de Derecho al ejercicio de la potestad punitiva. Incluye una serie de garantías para los ciudadanos, que genéricamente pueden reconducirse a la imposibilidad de que el Estado intervenga penalmente mas allá de lo que permite la ley, como única expresión legítima de la voluntad popular. De este principio deriva la garantía de reserva legal en términos de que la intervención del Estado restrictiva de los derechos fundamentales del interno solo puede hacerse por medio de una ley formal.

El contenido esencial de esta garantía en materia penal radica en que no se puede sancionar ninguna conducta ni imponer pena alguna que no se encuentre establecida en la ley. Sin embargo, la mera existencia de una ley no garantiza el cumplimiento del principio de legalidad en la aplicación de una pena. Precisamente, para evitar que sea una declaración vacía de contenido, se requiere que la ley cumpla una serie de requisitos que generalmente se resumen en la necesidad de que sea escrita, previa a la realización de los hechos que se pretende sancionar, y estricta, esto es, que establezca claramente las características del hecho punible³⁸.

El principio de legalidad no solo actúa como un límite a la actividad jurisdiccional, sino que también limita la actuación del Poder Ejecutivo y Legislativo. Esto se traduce en la imposibilidad de la autoridad administrativa de crear Derecho penal, pues sus actos serán siempre de jerarquía inferior a la de las leyes. El legislador, por su parte, tampoco goza de plena libertad al momento de incriminar conducta, puesto que redactar la ley penal debe cumplir con los requisitos señalados en el párrafo anterior, y tampoco puede buscar sancionar un hecho en

³⁴ Artículo 24 REP.- Régimen penitenciario es el conjunto de normas y medidas destinadas a mantener una convivencia pacífica y ordenada de las personas que, por resolución del tribunal competente, ingresen a los establecimientos penitenciarios administrados por Gendarmería de Chile, 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.

³⁵ ESTÉVEZ JIMENO, Ángel, *El Régimen Penitenciario. El procedimiento sancionador: Sus principios constitucionales y penales*, citado en ARTAZA, Osvaldo & PALACIOS, Marcela, *De las libertades en el régimen penitenciario* (Santiago, Editorial Jurídica Congreso Ltda., 2006), p. 109

³⁶ "Ningún delito, ninguna pena, ninguna ejecución sin ley previa". Fue desarrollada por Paul Johann Anselm Von Feuerbach como parte del Código de Baviera de 1813.

³⁷ BECCARIA, *Tratado de los delitos y las penas* (1764), traducción por DE LAS CASAS, Juan Antonio (Madrid, Editorial Tecnos, 2008)

³⁸ RODRIGUEZ, RIVERA, MAYER. (2014) Límites formales de la Potestad Penal [material de clases]. Derecho Penal I, PUCV, Valparaíso, p. 31

particular ya cometido. Así, se pretende evitar que la actividad punitiva del Estado pueda estar cargada de subjetividades o de intereses políticos o estratégicos.

Según los momentos en los que opera, el principio de legalidad de los delitos y las penas se divide en: i) Garantía penal, que exige que la ley fije los comportamientos definidos como delictivos³⁹. ii) Garantía criminal, que se establezca taxativamente las sanciones jurídico-penales que se derivan de la comisión de los delitos⁴⁰. iii) Garantía jurisdiccional, que la existencia del delito como la imposición de la pena se determinen en una sentencia judicial y según un procedimiento legalmente establecido, por los órganos judiciales legalmente competentes⁴¹. Todas las garantías mencionadas hasta ahora, gozan de consagración expresa en la Constitución Política de la República (CPR). iv) Garantía de ejecución: que la pena impuesta se ejecute con arreglo a las disposiciones vigentes.⁴² En otras palabras, requiere que la forma de cumplimiento de las penas y medidas de seguridad se lleve a cabo conforme a lo prescrito por la ley y los reglamentos⁴³. Si bien esta garantía no goza de una consagración constitucional expresa, se deduce de la propia garantía penal, puesto que si la sanción debe estar prevista en la ley, es lógico suponer que, no distinguiendo la norma, tal exigencia se refiere tanto a la naturaleza de la pena como a la forma en que debe ser ejecutada. Además, puesto que la ejecución es competencia de la autoridad administrativa, esta queda sometida al requerimiento genérico de legalidad contenido en el artículo 7º inciso primero de la CPR⁴⁴.

La importancia de esta garantía radica, tal como lo señala LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, en que la ejecución de la pena puede revestir en múltiples ocasiones mayor importancia que la propia duración de la misma. La manera de ejecutar una pena forma parte de la esencia misma e íntima de la pena⁴⁵.

Este principio está plenamente asumido por la comunidad internacional, se encuentra acogido en los acuerdos supranacionales más importantes de nuestro tiempo; en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y la Convención Americana de Derechos Humanos⁴⁶. A nivel interamericano, a modo ejemplar, el principio de legalidad se encuentra recogido en el Principio VIII de los Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas⁴⁷.

A nivel nacional, nuestra legislación lo establece en el artículo 19 N° 7 letra b) de la Constitución Política de la República al establecer, dentro del derecho a la libertad personal y a

³⁹ Artículo 19 N°3 inciso 8º CPR.- Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado.

⁴⁰ Artículo 19 N°3 inciso 9º CPR.- Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella.

⁴¹ Artículo 19 N°3 incisos 5º y 6º CPR.- Nadie podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que señalare la ley y que se hallare establecido por ésta con anterioridad a la perpetración del hecho.

Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos.

⁴² RODRIGUEZ, RIVERA, MAYER, cit. (n. 38)

⁴³ Con la claridad de que estos últimos instrumentos no reemplazan a la ley, sino que la interpretan y desarrollan dentro de los márgenes establecidos en la norma de rango superior.

⁴⁴ Artículo 7 inciso 1º CPR.- Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley.

⁴⁵ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Instituciones de Derecho Procesal Penal* (Madrid, Akal, 1999), pp.587-588

⁴⁶ RODRIGUEZ, RIVERA, MAYER, cit. (n. 38)

⁴⁷ “Principio VIII. Derechos y restricciones. Las personas privadas de libertad gozarán de los mismos derechos reconocidos a toda persona en los instrumentos nacionales e internacionales sobre derechos humanos, a excepción de aquéllos cuyo ejercicio esté limitado o restringido temporalmente, por disposición de la ley y por razones inherentes a su condición de personas privadas de libertad”.

la seguridad individual, la garantía de que nadie puede ser privado de su libertad personal ni ésta restringida sino en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes. Concretizando la garantía constitucional, el artículo 80 inciso primero del Código Penal señala que tampoco puede ser ejecutada pena alguna en otra forma que la prescrita por la ley, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto.

El principio de legalidad es pilar fundamental en el derecho punitivo ya que asegura el respeto por las garantías individuales de los condenados. Son titulares en cuanto sujetos de derecho, de todos los atributos y todas las prerrogativas que no están excluidas por ley o por la sentencia misma, según la clase de pena que se impone. El REP en su artículo 2º, dispone como principio rector de la actividad penitenciaria, 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 libres⁴⁸.

No obstante el reconocimiento constitucional y legal al principio de legalidad, lo cierto es que en nuestro sistema de ejecución de penas existe una abierta infracción a él. Los derechos de los internos, y los presupuestos para sus limitaciones o restricciones, se encuentran regulados, en su gran mayoría, en un decreto supremo del Ministerio de Justicia que emana de la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo⁴⁹. No existe en nuestro país una ley de ejecución de penas privativas de libertad que regule las características cualitativas de la pena y de qué manera se va a desarrollar su ejecución. Uno de los principales problemas para atenuar esta infracción es la amplitud de la actuación discrecional de la Administración penitenciaria, y además, el casi inexistente control adecuado por órganos que ejerzan jurisdicción de esta actividad⁵⁰.

Ante esta realidad, parece ser que los derechos fundamentales de los internos privados de libertad están devaluados. Ello conlleva a su vez una afectación al derecho de igualdad ante la ley, ya que las limitaciones a derechos constitucionales de un imputado en prisión preventiva, de un condenado que cumple su pena en el medio libre o de un ciudadano libre están sometidos a estándares completamente desiguales.

2. Resocialización

Para hacer posible la participación de todos los ciudadanos en la vida social, el Derecho penal debe evitar la marginación del sujeto condenado.⁵¹ Por esta razón, en un modelo penal democrático, suele optarse por penas que no implican su separación de la sociedad. Sin embargo, cuando la privación de libertad del delincuente es inevitable, la ejecución de la pena debe impedir, en la medida de lo posible, sus efectos desocializadores, facilitando cierta comunicación con el exterior y la reincorporación del penado a la vida en libertad, siguiendo así, una finalidad penológica preventiva especial.

El principio de resocialización no puede entenderse como una situación coactiva de los valores del condenado, ni como una manipulación de su personalidad o vulneración de su dignidad humana, sino que debe concebirse como una alternativa al comportamiento delictivo para que pueda ampliar sus posibilidades de participación en la vida social, que puede

⁴⁸ KUNSEMULLER LOEBENFELDER, Carlos, cit. (n. 7), p.117

⁴⁹ Decreto Supremo N° 518, de 22 de mayo de 1998 que establece el Reglamento de establecimientos penitenciarios.

⁵⁰ ARTAZA, Osvaldo & PALACIOS, Marcela, *De las libertades en el régimen penitenciario* (Santiago, Editorial Jurídica Congreso Ltda., 2006), p.110

⁵¹ RODRIGUEZ, RIVERA, MAYER. (2014) Límites materiales de la Potestad Penal [material de clases]. Derecho Penal I, PUCV, Valparaíso, p. 50

libremente aceptar o rechazar.⁵² El Derecho penal tiene el deber de respetar la dignidad de todas las personas, mayorías y minorías, incluyendo al condenado, a quien debe ofrecer posibilidades para su resocialización y reinserción social⁵³.

El principio de resocialización prevé como finalidad de la ejecución penal, lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley, procurando su adecuada reinserción social, forma en la que se establecen los objetivos que ha de perseguir el Estado durante la ejecución penal y a los que deben orientarse las actividades fundamentales de los operadores penitenciarios y judiciales⁵⁴.

Chile ha ratificado diversos instrumentos internacionales que contemplan normas y principios mínimos que deben observarse al momento de fijar un sistema penitenciario para llevar a cabo la ejecución de las penas. Uno de ellos son las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, adoptadas durante el primer Congreso sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955. En su Regla N°58, se definen los principios orientadores para la gestión penitenciaria y la práctica relativa al tratamiento de los internos al destacar que “el fin y la justificación de las penas y medidas privativas de libertad son, en definitiva, proteger a la sociedad contra el crimen. Sólo se alcanzará este fin si se aprovecha el período de privación de libertad para lograr, en lo posible, que el delincuente una vez liberado no solamente quiera respetar la ley y proveer a sus necesidades, sino también que sea capaz de hacerlo”.

Los Principios Básicos Para el Tratamiento de los Reclusos señalan que “se crearán condiciones que permitan a los reclusos realizar actividades laborales remuneradas y útiles que faciliten su reinserción en el mercado laboral del país y les permitan contribuir al sustento económico de su familia y al suyo propio” (principio 8°), complementado por el principio 10° que indica que “con la participación y ayuda de la comunidad y de instituciones sociales, y con el debido respeto de los intereses de las víctimas, se crearán condiciones favorables para la reincorporación del ex recluso a la sociedad en las mejores condiciones posibles”.

Por otro lado, este principio también es reconocido por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), señalando que la reinserción social constituye la finalidad de la pena⁵⁵. A nivel regional, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a través de los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas de 2008, declara en su principio XIV, que “el tratamiento a los condenados a una pena privativa de libertad debe tener por objeto inculcarles la voluntad de vivir conforme a la ley, promoviendo la reforma, rehabilitación y readaptación social. Para alcanzar estos fines, los Estados promoverán, de forma progresiva y según la máxima disponibilidad de sus recursos, la orientación vocacional y el desarrollo de proyectos de capacitación técnico profesional, de manera suficiente, permanente y adecuada, fomentando la participación y la cooperación de la sociedad”.

La misma Comisión, también ha indicado que se deben tener objetivos bien determinados, que no pueden ser excedidos por la actividad de las autoridades penitenciarias ni

⁵² *Íbidem*

⁵³ CHANG KCOMT, Romy, *Función constitucional asignada a la pena: bases para un plan de política criminal*, en *Derecho PUCP* 76 (2016), p.507

⁵⁴ MENDOZA BREMAUNTZ, Silva, *El juez de ejecución penal o vigilancia penitenciaria. Una figura nueva en el sistema jurídico mexicano*, en *Revista Criminogenesis* 13 (2016), p.171

⁵⁵ Artículo 10 N°3 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.- El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica.

aun bajo el manto del poder disciplinario que les compete, y, por tanto, el recluso no deberá ser marginado ni discriminado sino reinsertado en la sociedad. En otras palabras, la práctica penitenciaria deberá cumplir un principio básico: no debe añadirse a la privación de libertad mayor sufrimiento del que ésta representa.

En Chile, la norma constitucional no se refiere a la reinserción social, como sucede en otros países de la región. No obstante, sí es recogida en la Ley Orgánica del Ministerio de Justicia en su artículo 2° letra c) y l), al consagrar como tarea de dicha entidad el formular políticas, planes y programas sectoriales, en especial respecto del tratamiento penitenciario y la rehabilitación del reo, encomendándole también la misión de crear establecimientos penales y de tratamiento y rehabilitación penitenciarios.

Este reconocimiento es reiterado en la Ley Orgánica de Gendarmería de Chile (LOGC) al indicar que la misión de Gendarmería de Chile es atender, vigilar y contribuir a la reinserción social de las personas detenidas o privadas de libertad⁵⁶, especificando entre sus funciones la de contribuir a la reinserción social de las personas privadas de libertad, mediante la ejecución de acciones tendientes a eliminar su peligrosidad y lograr su reintegración al grupo social⁵⁷; asimismo, indica que corresponde a la Subdirección Técnica desarrollar los programas y proyectos institucionales tendientes a la reinserción social de las personas atendidas en los distintos sistemas⁵⁸.

Por su parte, el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios señala como fin primordial 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, existiendo además un título del reglamento⁵⁹ dedicado a especificar las actividades conducentes a este objetivo.

3. Presunción de Inocencia

Cuando hablamos de presunción de inocencia, hacemos referencia a un derecho imprescindible dentro de cualquier ordenamiento jurídico vigente en la actualidad perteneciente a un Estado de derecho, que emana de la propia condición de persona⁶⁰.

Este postulado implica que todo individuo ha de ser tratado como inocente, como si no tuviera responsabilidad en el hecho que se le imputa, mientras no se emita un pronunciamiento de condena en su contra por el tribunal competente. Las consecuencias penales que derivan de un delito solo pueden imponerse una vez que se haya comprobado la culpabilidad del autor del hecho delictivo. Mientras ello no ocurra, nada justifica la aplicación

⁵⁶ Artículo 1° LOGC.- Gendarmería de Chile es un Servicio Público dependiente del Ministerio de Justicia, que tiene por finalidad atender, vigilar y contribuir a la reinserción social de las personas que por resolución de autoridades competentes, fueren detenidas o privadas de libertad y cumplir las demás funciones que le señale la ley.

⁵⁷ Artículo 3° LOGC.- Corresponde a Gendarmería de Chile: f) Contribuir a la reinserción social de las personas privadas de libertad, mediante la ejecución de acciones tendientes a eliminar su peligrosidad y lograr su reintegración al grupo social.

⁵⁸ Artículo 8° LOGC.- La Subdirección Técnica estará encargada de desarrollar los programas y proyectos institucionales tendientes a la reinserción social de las personas atendidas en los distintos sistemas, velando por el mejoramiento permanente del régimen penitenciario.

⁵⁹ TITULO QUINTO, “De las actividades y acciones para la reinserción social”, artículo 92 y siguientes.

⁶⁰ VILLANUEVA TURNES, Alejandro, *La presunción de inocencia. Una aproximación actual al derecho*, en *Revista Catalana de Derecho Público* 52 (2016), p.211

de consecuencias tan gravosas, como lo son las penas, especialmente las privativas de libertad, para los derechos individuales.⁶¹

La CPR reconoce implícitamente esta garantía, mediante una proyección de la idea de dignidad humana, consagrada en el artículo primero⁶². Por otro lado, el artículo 19 N°3 inciso 7 prohíbe presumir de derecho la responsabilidad penal. Este principio implica la garantía de no ser sancionado a menos que se establezca judicialmente la totalidad de los presupuestos necesarios para que surja esa clase de responsabilidad, y entre ellos están los requerimientos de imputación subjetiva que supone el principio de culpabilidad. A nivel legal, si se encuentra reconocida explícitamente, en el artículo 4° del Código Procesal Penal⁶³.

Internacionalmente está en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁶⁴, y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)⁶⁵, incorporados al ordenamiento jurídico chileno con una jerarquía equivalente a la de los preceptos constitucionales.

En el ámbito penitenciario, es necesario realizar una distinción en la aplicación de este principio. Por un lado, los condenados y sujetos a medidas de seguridad ya cuentan con una declaración firme de culpabilidad o peligrosidad respectivamente, por lo que no se puede pretender que esta presunción opere a favor de ellos con respecto a los delitos en virtud de los cuales se les privó de su libertad. Sin embargo, respecto a los nuevos hechos delictivos ocurridos dentro del establecimiento penitenciario que puedan dar origen a procesos penales o imposición de sanciones, los internos deben ser tratados como inocentes hasta que se pruebe lo contrario. Por otro lado, también nos encontramos con personas que se encuentran privadas de libertad durante el proceso, en razón de medidas cautelares personales decretadas en su contra, los cuales son asimismo, titulares de esta garantía.

4. Proporcionalidad

El principio de proporcionalidad se aplica a todo ejercicio de la potestad sancionadora del Estado y persigue mantener el adecuado equilibrio entre la gravedad del hecho y la sanción que le corresponde. Alude a la equivalencia que ha de existir entre la gravedad del hecho que motiva la reacción punitiva y la intensidad de esta última. Es un complemento de los postulados de necesidad de la intervención penal, lesividad y culpabilidad, porque la proporción entre delito y pena ha de establecerse, precisamente, sobre la base de los criterios que dan vida a esos tres principios⁶⁶.

Este principio comprende tres sub principios: a) el principio de adecuación, es decir, que el sacrificio impuesto en el ejercicio de un derecho sea adecuado para preservar otro derecho o un bien constitucionalmente protegido, b) el principio de necesidad, esto es, que el sacrificio impuesto sea necesario —que no exista otro menos lesivo— para preservar otro derecho o un bien constitucionalmente protegido, y c) el principio de proporcionalidad en sentido estricto, en donde la ponderación propiamente dicha ocupa su lugar, formulada en la denominada ley del balance: cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de

⁶¹ RODRIGUEZ, RIVERA, MAYER, cit. (n. 51) p. 47

⁶² Artículo 1° CPR.- Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos.

⁶³ Artículo 4° CPP.- Presunción de inocencia del imputado. Ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por una sentencia firme.

⁶⁴ Artículo 14 N°2 PIDCP.- Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

⁶⁵ Artículo 8 N° 2 CADH.- Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.

⁶⁶ Apunte de cátedra Derecho Penitenciario, p.17

uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro. Estos tres elementos deben concurrir al momento de aplicarse una sanción para que sea proporcional a la falta cometida y, en caso de un accionar jurisdiccional, deberán ser parte del control que efectúe el juez.

En virtud de este principio se rechaza el establecimiento de las conminaciones legales (proporcionalidad en abstracto) y la imposición de la pena (proporcionalidad en concreto) que carezcan de relación valorativa con el hecho cometido contemplado este en su significado global. Tiene doble destinatario: el Poder Legislativo, ya que deben establecer penas proporcionales en abstracto a la gravedad del delito, y Judicial, ya que las penas que los jueces impongan al autor del delito han de ser proporcionales a la concreta gravedad de éste⁶⁷.

Si bien el principio de proporcionalidad no se encuentra expresamente establecido en los instrumentos del sistema universal de las Naciones Unidas ni en el sistema interamericano, se desprende de los requisitos exigidos por la Convención Americana de Derechos Humanos para limitar derechos fundamentales⁶⁸. La limitación a los derechos fundamentales se consagra en el artículo 30 de la Convención, que fija determinados requisitos para que ella sea legítima: i) reserva legal; ii) fin legítimo, esto es, que la causa invocada para justificar la restricción sea de aquéllas establecidas en la Convención; y iii) que sea necesaria en una sociedad democrática, es decir, conducente para asegurar el valor que se pretende proteger mediante la restricción de ese derecho particular. Aquí se establece la proporcionalidad en términos de que la limitación sea estrictamente necesaria para conseguir el objetivo perseguido y no exista otra alternativa menos gravosa que la restricción del derecho. A su vez, tampoco goza de consagración explícita en la CPR, pero al operar como un límite a las restricciones de derechos fundamentales, su rango constitucional derivaría de la misma idea del Estado de Derecho.

En el ámbito del Derecho penitenciario, el principio de proporcionalidad tiene importancia tanto para determinar formas y circunstancias del cumplimiento de las penas, como para resolver las situaciones que se pueden plantear a propósito de su cumplimiento, tales como las medidas disciplinarias que se pueden adoptar respecto de los condenados internos en un recinto penitenciario. Con respecto al último punto, éste se recoge de manera general en el artículo 6 inciso 1º del REP: ningún interno será objeto de un rigor innecesario en la aplicación de las normas del presente reglamento.

La autoridad administrativa goza de una facultad discrecional para efectos de determinar la sanción aplicable, pero dicha discrecionalidad debe encuadrarse dentro de ciertas reglas establecidas en la normativa internacional. Así, y en relación al principio en estudio, tratándose de infracciones leves solo podrán aplicarse las sanciones señaladas en las letras a), b) o c) del art. 81 del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios. En caso de infracciones menos graves podrá aplicarse cualquiera de las sanciones consignadas en las letras d), e), f), g) y h), y en caso de infracciones graves podrá aplicarse cualquiera de las sanciones señaladas en las letras i), j) o k)⁶⁹. Se pretende que el castigo sea justo, esto es, oportuno y proporcional a la falta cometida tanto en su drasticidad como en su duración.

⁶⁷ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción al Derecho Penal* (Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006), p.604

⁶⁸ En el mismo sentido, artículo 12 Declaración de Derechos y Deberes del Hombre y del Ciudadano.- necesidad de imputar las penas estrictamente necesarias y proporcionales al delito.

⁶⁹ Artículo 81 REP.- Las faltas de los internos serán sancionadas con alguna de las medidas siguientes, sin que sea precedente su acumulación: a) Amonestación verbal; b) Anotación negativa en su ficha personal; c) Prohibición de recibir paquetes o encomiendas por un lapso de hasta 15 días; d) Privación de participar en actos recreativos comunes hasta por 30 días; e) Prohibición de recibir paquetes o encomiendas por un lapso de hasta 30 días; f) Limitación de las visitas a un tiempo mínimo que no podrá ser inferior a cinco minutos, durante un lapso que no

De la revisión del catálogo surgen algunas cuestiones críticas, a las cuales se les debe prestar atención al momento de determinar cuál será la sanción aplicable: i) No se distingue entre grados de ejecución de la conducta ni entre los diversos tipos de participación (ej.: constituye falta grave el intento, la consumación, autoría o colaboración de fuga). □ ii) Se equiparan conductas de desigual gravedad (ej.: son faltas graves dar muerte a cualquier persona y desencerrarse). iii) Se utilizan frecuentemente conceptos jurídicos indeterminados (levemente, gran escándalo, actos reñidos contra la moral y las buenas conductas, daños de consideración, etc.) o se utilizan otros muy técnicos y poco comprensibles para el recluso (ej.: constituye falta menos grave dañar dependencias o materiales del establecimiento o pertenencias de internos con negligencia temeraria o culpa grave). □ iv) Algunas hipótesis de faltas disciplinarias no se condicionan con la finalidad perseguida por el régimen penitenciario de resguardar el orden y la seguridad interna del establecimiento (ej.: atentar contra las buenas costumbres fuera del establecimiento; realizar actos reñidos con la moral o las buenas costumbres, sin grave escándalo y trascendencia en traslados y permanencias fuera de la unidad penal).

5. Humanidad de las Penas □

En virtud de este principio, se rechazan aquellas penas que por su contenido o condiciones de ejecución violenten la dignidad del ser humano. Este trato digno que se exige para con el condenado, hace que el principio de humanidad tenga que ver con la ejecución de la pena, por cuanto es sabido que la imposición y ejecución de la misma, tiene repercusiones negativas en el delincuente por el carácter de mal necesario que ésta tiene, por lo que solamente ha de aplicarse como *última ratio*, buscando eliminar humillaciones y negar la cadena perpetua o prisión de por vida.

El principio de humanidad se refleja principalmente en el sistema de ejecución de penas privativas de libertad. La consideración del penado como miembro de la sociedad exige que sea tratado como persona y no como simple objeto, respetando su dignidad, procurando su reeducación si ello es necesario, ayudando a su reinserción social y prohibiendo los trabajos forzados y cualquier tipo de malos tratos de palabras u obra.

También constituyen tratos inhumanos aquellas penas ejemplarizadoras obviando exigencias preventivo especiales, para que otros no delincan, actuando así como un medio de intimidación en donde el hombre es un medio al servicio de una política penal y no un fin en sí mismo. Lo mismo ocurre cuando decide aplicarse una pena que por sí es innecesaria y no está prevista en la ley.

El principio de la humanización de las penas no solamente involucra su ejecución, sino, además, el lugar donde ha de cumplirse dicha condena. Estos deben ser centros con ambientes adecuados, y no una cuna del denigrante hacinamiento de personas en establecimientos carentes de higiene, donde muchas veces el número de internos excede la capacidad con que

excederá de un mes, debiendo realizarse ella en una dependencia que permita el control de la sanción; g) Privación hasta por una semana de toda visita o correspondencia con el exterior; h) Revocación de permisos de salida; i) Privación hasta por un mes de toda visita o correspondencia con el exterior; j) Aislamiento de hasta cuatro fines de semana en celda solitaria, desde el desencierro del sábado hasta el encierro del domingo, y k) Internación en celda solitaria por períodos que no podrán exceder de 10 días. El Alcaide del establecimiento certificará que el lugar donde se cumplirá esta medida reúne las condiciones adecuadas para su ejecución, y el médico o paramédico del establecimiento certificará que el interno se encuentra en condiciones aptas para cumplir la medida. Esta medida se cumplirá en la misma celda o en otra de análogas condiciones de higiene, iluminación y ventilación. Tratándose de infracciones leves podrán aplicarse las sanciones señaladas en las letras a), b) o c). En caso de infracciones menos graves podrá aplicarse cualquiera de las sanciones consignadas en las letras d), e), f), g) y h). Tratándose de infracciones graves podrá aplicarse cualquiera de las sanciones señaladas en las letras i), j) o k).

fue creada dicha construcción carcelaria⁷⁰. Las cárceles deben garantizar unas condiciones de humanidad mínimas, a pesar de que quienes cumplan su pena en aquellas hayan sido condenados por los delitos mas atroces. Este imperativo emana de la dignidad humana.⁷¹

En esta misma línea se inscribe la Convención Americana en su artículo 5 inciso 2º, que señala que nadie debe ser sometido a torturas, ni a penas, ni a tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

6. Judicialización

Las funciones y competencias del órgano jurisdiccional abarcan no solo la de juzgar, sino también la de hacer ejecutar lo juzgado⁷². Es fundamental que los órganos judiciales cumplan funciones de control y vigilancia en lo que respecta al lugar y condiciones en los que se cumplen las penas impuestas, controlando la legitimidad de su ejecución.

Este principio permite que un juez controle la legitimidad de la ejecución de la pena y resuelva los eventuales cuestionamientos o reclamos que el penado pueda formular, así como decretar eventuales modificaciones en relación con la forma de cumplimiento que puedan ser necesarias en atención a los fines perseguidos con la pena (prevención especial positiva).

En algunos ordenamientos comparados, por ejemplo el español, la Ley Orgánica General Penitenciaria establece la figura del Juez de Vigilancia Penitenciaria, cuyas competencias se orientan en el sentido indicado. En Chile estas funciones quedan relegadas a un segundo plano, de manera que serán los recursos ordinarios los que estarán a disposición de los penados para reclamar el pleno respeto por sus derechos ante la jurisdicción ordinaria mientras se encuentran en prisión.

La exigencia de fiscalización judicial de la privación de la libertad no es sino una manifestación específica del deber estatal de conceder acceso al control judicial de cualquier acto de la administración que afecte o pueda afectar derechos o libertades fundamentales de las personas. Sin embargo, la especial situación que se pretende regular, la privación de la libertad, justifica una necesidad de control judicial más celoso, más atento⁷³. En efecto, la estrecha y continua interrelación entre el agente penitenciario y el interno favorece la generación de conflictos y, con ello, el peligro constante de afectación de los derechos fundamentales del interno, por lo que un control intenso de la actividad de la Administración penitenciaria resulta imperativo.

La idea del control judicial ha ido aceptándose e incluyéndose en la legislación penitenciaria de los diferentes países que han avanzado en la normatividad de la ejecución penal a partir de las decisiones que en esta etapa signifiquen modificar las condiciones del cumplimiento de la pena impuesta, por ejemplo, los traslados de internos a diferentes tipos de establecimientos, su ubicación en las diferentes etapas del tratamiento progresivo y técnico, la aplicación de sanciones disciplinarias que signifiquen cambios importantes en el régimen aplicado, la obtención de derechos como salidas transitorias o diversos tipos de libertad y así diferentes cuestiones que afecten la vida carcelaria de un interno⁷⁴.

⁷⁰ PEÑA LABRÍN, Daniel, *Criminología: curso de postgrado* (Barcelona, Editorial vLex, 2013), p.65

⁷¹ RODRIGUEZ, RIVERA, MAYER, cit. (n. 51), p. 50

⁷² Artículo 76 inciso 1º CPR.- La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley.

⁷³ AROCENA, Gustavo, *Derecho penitenciario. Discusiones Actuales* (Córdoba, Alveroni Ediciones, 2011), p.72

⁷⁴ MENDOZA BREMAUNTZ, Silva, cit. (n. 43), p.173

Sin embargo, como veremos con más precisión infra, Chile no dispone de jueces de vigilancia penitenciaria o jueces de ejecución de penas, de manera que no se cumple a cabalidad con este principio, estando, en rigor, la etapa de ejecución de las penas no jurisdiccionalizada⁷⁵.

Los sujetos condenados a una pena privativa de libertad, detenidos, o imputados sujetos a prisión preventiva se integran en una institución preexistente que proyecta sobre ellos su autoridad. Esta circunstancia da lugar a una condición jurídica diferente a estas personas, sujetándolas a los poderes públicos de forma distinta a la sujeción de carácter general que afecta al común de los ciudadanos.

V. Relación Jurídico-penitenciaria entre Estado e interno

Debemos comenzar señalando que entre Estado e interno se configura un vínculo jurídico diferente al que se tiene con las personas no privadas de libertad, esto se produce puesto que el penado debe soportar una condena y el Estado debe hacerla cumplir. En dicho proceso, el individuo queda sujeto al Estado representado por Gendarmería de Chile quien se hará cargo de su mantenimiento y control. Se trata de una relación de derecho público, en virtud de la cual, solo estará permitido hacer aquello que la ley expresamente dispone.

1. *Sujeción especial*

Al abordar el tema de la relación jurídica entre el recluso y el Estado, debemos hacer referencia a la Teoría de las Relaciones de Sujeción Especial, que tiene su origen en el Derecho Administrativo alemán del siglo XIX y que fue llevada al ámbito del Derecho penitenciario como justificación de una serie de restricciones a los derechos de las personas privadas de libertad y a los mecanismos de control y tutela.

LASAGABASTER, define la relación de sujeción especial como aquella construcción jurídica que fundamenta un debilitamiento o minoración de los derechos de los ciudadanos, o de los sistemas institucionalmente previstos para su garantía, como consecuencia de una relación cualificada con los poderes públicos, derivada de un mandato constitucional o de una previsión legislativa conforme con aquella que puede ser, en algunos casos, voluntariamente asumida y que, a su vez, puede venir acompañada del reconocimiento de algunos derechos especiales a favor del ciudadano afectado por tal institución⁷⁶.

La privación de la libertad genera una dependencia absoluta de la persona a las decisiones de la autoridad estatal, que ejerce un control total sobre ella. La consecuencia principal de esta teoría, es que el ciudadano privado de libertad es incluido dentro del ámbito de la Administración, la cual tiene la facultad de regular las relaciones mediante prescripciones administrativas, entre las cuales se cuentan los reglamentos de los centros penitenciarios, lo que significa que los derechos fundamentales y la reserva de ley no tengan validez, o la tengan en menor escala⁷⁷.

Ello implica, según MAPELLI CAFFARENA, que las normas que regulaban la ejecución de las penas privativas de libertad fueran normas interiores del Estado, el cual en la prestación

⁷⁵ CARNEVALI, Raúl, & MALDONADO, Francisco, cit (n. 9), p.390

⁷⁶ RIVERA BEIRAS, Iñaki, *La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos* (Barcelona, J.M. Bosch Editor, 1997), p.335

⁷⁷ GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, s.d), II, p.162 y ss. Ha señalado que la relación de sujeción especial es la traducción de la institución del derecho Administrativo conocida como “policía administrativa” vale decir, aquella actividad que la administración despliega en el ejercicio de sus propias potestades que, por razones de orden público, limita los derechos de los administrados mediante el ejercicio, en su caso, de la coacción sobre los mismos.

de determinados servicios establecía una especie de régimen doméstico en un espacio libre del derecho, que se traducía en relación a los reclusos, en un estatus jurídico en extremo sencillo en el que todo son obligaciones y apenas se reconocen derechos⁷⁸. Ello, sumado al daño físico que la sanción conllevaba, daban la idea de la pena privativa de libertad como un mal absoluto. Sin embargo, la pena sigue teniendo un gran sentido retributivo en nuestra cultura jurídica, en otras palabras, es vista como un mal con que se responde al delincuente. Lo anterior, contribuye a una aceptación de que la cárcel es un lugar sin ley y en el que no cabe reconocer mayores derechos a los internos, ni tutela a los mismos.

Si grave es que la Administración pueda ejercer la potestad disciplinaria esgrimiendo tan solo una pretendida relación de supremacía, más grave aún resulta el hecho de que dicha actividad pudiera llevarse a cabo al margen de la ley, tan solo por vía reglamentaria. A partir de esta definición general de las relaciones de sujeción especial, se puede notar que las instituciones jurídicas más afectadas serían el principio de legalidad, los derechos fundamentales y la protección judicial de estos.

Las relaciones de sujeción especial ya no pueden entenderse como un ámbito libre del derecho en el que los poderes públicos actúan sin sometimiento a normas jurídicas. En esta relación solo se deben limitar y restringir aquellos derechos afectados por el título en virtud del cual se priva de libertad al interno. Se debe dejar de considerar a la pena como un ámbito de absoluta desprotección jurídica del recluso⁷⁹.

El tipo de relación que consagra el Reglamento Penitenciario se caracteriza por la posibilidad que tiene la Administración penitenciaria de contar con un gran ámbito de discrecionalidad en la restricción de derechos fundamentales, lo que ablandaría el principio de legalidad. En ese sentido, se encuentra justificada para tomar o regular todas las medidas necesarias para la realización de la ejecución de la pena en el sentido de sus finalidades jurídicamente reconocidas. El artículo 2º de dicho reglamento señala que no podrá el recluso verse afectado en sus derechos fuera de los ya perdidos o limitados por su condición procesal⁸⁰. De esta forma, deja un campo muy abierto a la administración para interpretar cuales son esos derechos que de por sí se verán afectados. Sin embargo, es el artículo 75 del REP la norma que refleja en mayor medida esta sumisión de los derechos al régimen penitenciario por razones de orden y seguridad. Demuestra, además de la disminución de la efectividad del principio de legalidad, la absoluta discrecionalidad que goza la Administración penitenciaria para resolver acerca de la ponderación de principios que protejan bienes jurídicos de los reclusos versus aquellos bienes jurídicos de protección constitucional, que estén en colisión con estos últimos⁸¹. En la práctica, tal ponderación generalmente no se lleva a cabo ya que existirían decisiones normativas a favor de la seguridad, orden y convivencia de los establecimientos penitenciarios⁸².

A esto, se suma la realidad fáctica de los reclusos, tanto en lo relativo a su indefensión como en la casi inexistente probabilidad de ejercer sus posibilidades de reclamo consagradas en el Reglamento Penitenciario. Los artículos 5 y 6 dejan a criterio de la Administración cuales

⁷⁸ Ministerio Público de la Defensa Argentina & Defensoría Penal Pública de Chile, cit. (n.23), p.60

⁷⁹ ARTAZA, Osvaldo & PALACIOS, Marcela, cit. (n. 43), p. 139

⁸⁰ Artículo 2º REP.- 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.

⁸¹ Artículo 75 REP.- Los derechos de que gocen los internos podrán ser restringidos excepcionalmente como consecuencia de alteraciones en el orden y la convivencia del establecimiento penitenciario o de actos de indisciplina o faltas, mediante las sanciones que establece el presente Reglamento.

⁸² ARTAZA, Osvaldo & PALACIOS, Marcela, cit. (n. 43), p. 146

son los derechos compatibles con la condición del recluso⁸³. Debido a que la mayoría de las veces los derechos van a ser afectados por resolución del jefe del establecimiento (resolución administrativa) sin siquiera una fundamentación o justificación adecuada, se desmejora la posibilidad de defensa del interno. No se contempla en nuestro ordenamiento un control jurisdiccional efectivo de la actividad penitenciaria vulneradora de los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad en los establecimientos penitenciarios, lo que denota cierta adhesión a la doctrina de la relación de sujeción especial, además de que las restricciones a los derechos fundamentales de los reclusos se siguen realizando a través de normas reglamentarias, sin precisar de la ley formal.

Junto a MAPELLI CAFFARENA, creemos que sería más adecuado con un orden constitucional, la sustitución de la relación de sujeción especial por la idea de prestación de servicios públicos en un marco legal sin diferencias sustanciales entre relaciones especiales y generales que pudieran justificar restricciones generales a los derechos fundamentales de las personas, aunque estas sean tan excluidas de nuestra sociedad como lo son los que están bajo una pena privativa de libertad⁸⁴.

2. Posición especial de garante del Estado

En Derecho internacional, el responsable de las violaciones a los derechos humanos son los estados y no los particulares. Estos deben responder por los actos u omisiones cometidas por sus funcionarios públicos, y excepcionalmente por los actos de los particulares cuando el Estado ha tolerado o no ha sido capaz de cumplir con su deber de control y represión.

Las obligaciones asumidas por los estados se encuentran establecidas en los artículos 1º y 2º de la Convención Americana de Derechos Humanos⁸⁵, y son la obligación de respeto, la obligación de garantía de los derechos y libertades consagrados internacionalmente, y el respeto del principio de igualdad y no discriminación respecto de cada derecho.

La obligación de garantizar los derechos humanos implica siempre medidas positivas, exige del Estado un hacer, esto es, promover a través de sus órganos la posibilidad real y efectiva de que las personas sujetas a su jurisdicción ejerzan los derechos y disfruten las libertades que se les reconocen. De esta obligación surge el deber de los estados de prevenir, investigar, sancionar y reparar toda violación a los derechos humanos.

Tanto la Comisión como la Corte interamericana han señalado que de las obligaciones generales de respetar y garantizar los derechos derivan deberes especiales, determinables en

⁸³ Artículo 5º inciso 2 REP.- La Administración Penitenciaria procurará la realización efectiva de los derechos humanos compatibles con la condición del interno. Artículo 6º inciso 3 REP.- La Administración Penitenciaria velará por la vida, integridad y salud de los internos y permitirá el ejercicio de los derechos compatibles con su situación procesal.

⁸⁴ RIVERA BEIRAS, Iñaki, cit. (n. 65), p.346

⁸⁵ Artículo 1º CADH.- Obligación de Respetar los Derechos. 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano. Artículo 2º CADH.- Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre. Surge un mayor nivel de compromiso del Estado frente a las personas que se encuentran en una situación o condición especial de vulnerabilidad.

El Estado asume una posición especial de garante de los derechos fundamentales de esas personas, en especial de los derechos a la vida e integridad personal, derechos que son inderogables, básicos y fundamentales para el ejercicio de cualquier otro de derecho humano. Dicha obligación supone para la Administración penitenciaria el deber de respetar los derechos establecidos en la Constitución, las leyes y en los tratados internacionales de derechos humanos, proteger la vida, la integridad física y psíquica del interno⁸⁶.

Cuando un Estado detiene a una persona, asume una especial condición de garante respecto de su vida e integridad, pues ingresa al interno a una “institución total” como lo es la prisión, en la que se regulan diversos aspectos relevantes de la vida de las persona, alejándola de su entorno familiar y social. Es decir, el interno pierde intimidad, limita su espacio vital, y sus posibilidades de autoprotección. La posición de garante que el Estado asume respecto de los reclusos supone no solo el deber de abstenerse de realizar aquellos actos que puedan infligir lesiones a la vida o integridad del sujeto privado de libertad, sino que su deber va mas allá, pues, debe procurar mantener al detenido o preso el goce de sus derechos fundamentales.

Toda persona privada de libertad tiene derecho a ser tratada con dignidad. Al ingresar en una prisión, el Estado tiene la responsabilidad y el deber de garantizarle la integridad personal y resguardar su dignidad mientras se encuentre privado de libertad, como responsable de los establecimientos penitenciarios. En fin, debe protegerlo de amenazas a su vida, integridad, salud, ente otros derechos.

El rol de garante del Estado es una tarea compleja que le corresponde a todos los poderes, desde los órganos ejecutivo y legislativo, encargados de trazar políticas penitenciarias y legislar el ordenamiento jurídico necesario para la implementación de tales políticas, hasta entidades administrativas y autoridades que ejercen sus funciones directamente en las cárceles. Está en manos de la judicatura, además de la tramitación de causas penales; el control de la legalidad del acto de la detención; la tutela judicial de las condiciones de reclusión; y el control judicial de la ejecución de la pena privativa de libertad.

En Chile, podemos sostener que todos estos deberes y obligaciones que el Estado tiene respecto de los reclusos se encuentran reconocidos, sin embargo, la enorme dispersión de normas, la ausencia de un ente encargado en forma específica de velar por el respeto de aquellos derechos, el que ciertas disposiciones se encuentren previstas únicamente a nivel reglamentario y no legal, además de problemas presupuestarios, dificultan su buen ejercicio.

⁸⁶ “La posición de garante significa que el Estado debe hacerse responsable de todo lo que ocurra con las personas que están bajo su custodia, en especial, de la observancia del derecho a la integridad personal. Por tanto, se presume la responsabilidad del Estado en caso de torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes que exhibe una persona que ha estado bajo la custodia de los agentes estatales, si las autoridades: i) no han realizado una investigación seria de los hechos; ii) procesado a quienes aparecen como responsables. En estos casos recae sobre el Estado la obligación de proveer una explicación satisfactoria y convincente de lo sucedido y desvirtuar las alegaciones sobre su responsabilidad” (Caso Baldeón García vs. Perú, 2006). “Ante esta relación e interacción especial de sujeción entre el interno y el Estado, éste último debe asumir una serie de responsabilidades particulares y tomar diversas iniciativas especiales para garantizar a los reclusos las condiciones necesarias para desarrollar una vida digna y contribuir al goce efectivo de aquellos derechos que bajo ninguna circunstancia pueden restringirse o de aquellos cuya restricción no deriva necesariamente de la privación de libertad y que, por tanto, no es permisible. De no ser así, ello implicaría que la privación de libertad despoja a la persona de su titularidad respecto de todos los derechos humanos, lo que no es posible aceptar” (Caso Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay, sentencia de 2 septiembre de 2004).

VI. Estatuto del recluso: derechos y obligaciones

Lo primero a señalar es que los derechos que conforman el estatuto jurídico de un ciudadano libre, como asimismo de un ciudadano privado de libertad, no sólo están recogidos en normas nacionales, sino que también en normas internacionales. Mediante la reforma de 1989 que agregó el actual inciso segundo al artículo 5° de la Constitución Política de la República de Chile⁸⁷, las normas con rango constitucional no se limitan solo a los derechos establecidos formalmente en la misma, sino que también alcanzan a los derechos consagrados en los tratados internacionales ratificados y vigentes en Chile, así como a las normas comunes a todos los tratados internacionales de derechos humanos (obligaciones generales de respeto, □ garantía y no discriminación, límites legítimos, normas sobre interpretación) y la jurisprudencia internacional que fija el contenido y alcance de los derechos humanos.

Sin embargo, en Chile se observa una gran brecha entre los compromisos internacionales -convenciones, tratados y pactos- y la realidad existente. Los gobiernos deben tener presente que no basta con suscribir los instrumentos internacionales, sino que su cumplimiento debe regirse por el principio de la debida diligencia; esto, porque se trata de la obligación del Estado de garantizar la tutela de derechos fundamentales, lo que dice relación con el respeto a los derechos humanos. Así, cuando se trata de administración de justicia y acceso a la misma, el sistema debe permitir la concreción de las garantías de hecho y de derecho.

Los Estados deben entonces organizar todo el aparato gubernamental y en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos, y los recursos dispuestos para ello deben ser idóneos. Esta tendría que ser la premisa y fin último para definir las políticas públicas en materia de seguridad y justicia criminal⁸⁸.

En cuanto a las limitaciones que sufre el estatuto jurídico de un recluso, ellas están establecidas, en primer lugar, en el fallo condenatorio y dicen relación con su derecho a la libertad personal —y especialmente a la libertad de circulación—, al ejercicio de cargos y oficios públicos, derechos políticos y profesionales titulares —mediante las penas accesorias de suspensión e inhabilitación— y a los derechos de sufragio y de optar a cargos de elección popular al producirse la pérdida de la calidad de ciudadano, en el caso de condenas a penas aflictivas.

Pero las restricciones a derechos fundamentales no sólo derivan de la sentencia, sino también implícitamente de la privación de libertad, como sucede con las limitaciones fácticas de derechos que no pueden ejercerse plenamente en un medio de reclusión y de normas penitenciarias que normalmente invocan razones de orden y seguridad interna como fundamentos de dichas restricciones. En ese sentido, se comprende también derechos reconocidos exclusivamente a quienes se encuentran cumpliendo una pena privativa de libertad:

⁸⁷ Artículo 5° inciso 2° CPR.- El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

⁸⁸ ARIAS, Patricia, *El producto final del sistema de justicia criminal esta dado por los resultados de la política penitenciaria*, en *Revista Derecho Penitenciario* 2 (2012), p.8

i) Derecho a salidas, que forman parte de las actividades de reinserción social y confieren a quienes se les otorgan gradualmente, mayores espacios de libertad. Estas pueden ser esporádicas, dominicales, de fin de semana o controladas al medio libre⁸⁹.

ii) Derecho a la educación. Todo interno tiene derecho a que la Administración penitenciaria le permita, dentro del régimen del establecimiento, efectuar estudios de enseñanza básica gratuita, además de incentivar los estudios de enseñanza media, técnica o de otro tipo⁹⁰.

iii) Derecho al trabajo. Los internos tendrán derecho a desarrollar trabajos que les reporten algún tipo de beneficio económico para contribuir a solventar los gastos de su familia y crear un fondo individual de ahorro para el egreso. Las actividades laborales que desarrollen podrán consistir tanto en trabajos por cuenta propia, en forma independiente con productos ofrecidos por los internos directamente al público o por encargo de personas jurídicas o naturales, siempre que para ello no se pacte una remuneración sino un precio para la obra, especie o producto, como en trabajos subordinados ejecutados en el marco de actividades productivas o de capacitación que se ejecuten al interior de los establecimientos penitenciarios en virtud de proyectos convenidos por terceros con la Administración penitenciaria.

iv) Derecho a comunicarse con el exterior. Los internos condenados podrán comunicarse en forma escrita, en su propio idioma, con las personas que ellos deseen, debiendo respetarse su confidencialidad⁹¹. A su vez, podrán recibir paquetes o encomiendas, según la regulación emanada del director nacional⁹².

v) Derecho a efectuar peticiones y quejas. En Chile el derecho de petición se rige, en primer lugar, por la Constitución Política de la República, que en su artículo 19 N° 14 asegura a todas las personas el derecho de presentar peticiones a la autoridad sobre cualquier asunto de interés público o privado, sin otra limitación que la de proceder en términos respetuosos y convenientes. Concretamente, el artículo 58 del REP consagra el derecho a efectuar peticiones ante las autoridades penitenciarias⁹³.

vi) Derecho a recibir visitas, que se subdivide en: i) visitas ordinarias, por familiares y personas autorizadas por los internos, por lo menos una vez a la semana por un lapso mínimo de dos horas cada vez; ii) extraordinarias, en que en casos justificados, el jefe del

⁸⁹ Gendarmería de Chile [visible en internet: <http://www.gendarmeria.gob.cl/beneficios.jsp>]

⁹⁰ Artículo 59 REP.- Todo interno tendrá derecho a que la Administración Penitenciaria le permita, dentro del régimen del establecimiento, efectuar estudios de enseñanza básica en forma gratuita. Ello constituirá una obligación para la Administración Penitenciaria, con los alcances y limitaciones que las disposiciones legales pertinentes establecen para la población no reclusa.

La Administración Penitenciaria incentivará, con fines de reinserción social, a que los internos efectúen estudios de enseñanza media, técnica o de otro tipo.

⁹¹ Artículo 41 REP.- Los internos condenados podrán comunicarse en forma escrita, en su propio idioma, con sus familiares, amigos, representantes de organismos e instituciones de cooperación penitenciaria y en general, con las personas que ellos deseen. Estas comunicaciones se efectuarán de manera que se respete al máximo la privacidad y, en todo caso se regularán por el procedimiento establecido en los artículos siguientes.

⁹² Artículo 48 REP.- Los internos podrán recibir paquetes o encomiendas, cuyo ingreso, registro y control serán regulados por Resolución del Director Nacional. Esta regulación, que contendrá una nómina de las especies y alimentos prohibidos, deberá publicarse en un lugar visible para los visitantes.

⁹³ Artículo 58 REP.- Los internos tendrán derecho a efectuar peticiones a las autoridades penitenciarias, las que deberán efectuarse en forma individual, verbalmente o por escrito, debiendo ser necesariamente cursadas y contestadas por escrito o verbalmente por el Alcaide en las audiencias que conceda. En ningún caso el encargado de su recepción podrá negarse a recibirlas o a tramitar las peticiones. Toda petición debe ser respondida en el plazo de quince días corridos o, a lo menos, dentro del mismo plazo, deberá informarse el estado de tramitación en que se encuentra. El ejercicio de este derecho no obsta a la interposición de los recursos judiciales que sean pertinentes.

establecimiento las permitirá por un lapso no superior a 30 minutos; y iii) especiales, que comprenden las visitas familiares e íntimas, autorizadas por el alcaide, a internos que no gocen de permisos de salida y lo hayan solicitado previamente, si las condiciones del establecimiento lo permiten.

No debe olvidarse que toda persona privada de libertad tiene derecho a ser tratada humanamente⁹⁴, con irrestricto respeto a su dignidad inherente, a sus derechos y garantías fundamentales y que la pena privativa de libertad es, por si misma, un medio aflictivo, por lo que las condiciones de la privación no pueden constituir un factor aflictivo adicional. Así, el Estado debe asegurar las condiciones básicas de vida: acceso a agua potable, instalaciones sanitarias adecuadas para la higiene personal, espacio, luz y ventilación apropiada, alimentación suficiente y un catre, colchón y ropa de cama adecuados, ejercicio físico⁹⁵.

Como contrapartida, el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios señala en su artículo 33 los deberes a los que están sujetos los internos mientras cumplen su condena: i) permanecer en el establecimiento hasta el momento de su liberación; ii) acatar las normas de régimen interno del establecimiento; iii) cumplir las sanciones disciplinarias que les sean impuestas en el caso de infracción de aquéllas; iv) mantener una normal actitud de respeto; v) conservar el orden y aseo de las dependencias que habitan y del establecimiento; y vi) mantener una presentación personal aseada.

VII. Problemas

Luego de analizar el panorama general del Derecho penitenciario en nuestro país, saltan a la vista diversos conflictos y cuestionamientos en torno al incumplimiento por parte de nuestra normativa, de los estándares internacionales en cuanto a la ejecución de las penas privativas de libertad. En primer término, la regulación de esta rama tiene un carácter reglamentario, pues gran parte de las normas que regulan esta relación poseen esa jerarquía, lo que sumado a la discrecionalidad administrativa con la que goza Gendarmería para restringir derechos fundamentales, nos lleva a la conclusión de que el principio de legalidad se ve ampliamente vulnerado. Por otro lado, a pesar de que expresiones normativas señalen lo contrario, la pena sigue teniendo un sentido retributivo en nuestra cultura jurídica. Es vista como un mal con el que se responde al delincuente, contribuyendo a la aceptación de que la cárcel es un lugar sin ley y en el que no cabe reconocer mayores derechos a los internos, ni tutela a los mismos. No existen normas de rango constitucional que se refieran expresamente a esta relación jurídico penitenciaria, lo que otorga un margen mayor para la restricción de sus derechos al momento de ejecutar su respectiva condena. Se entrega la ejecución penitenciaria a un órgano con una estructura excesivamente militarizada (jerárquica, uniformada, disciplinada y obediente) como es Gendarmería. La disciplina militar, muy necesaria y eficiente en los

⁹⁴ En ese sentido, la CPR establece la prohibición de todo apremio ilegítimo, recogiendo este principio en el artículo 19 N° 1, el derecho a la integridad física y psíquica de toda persona. El Reglamento de Establecimientos Penitenciarios señala en su artículo 6°: “Ningún interno será sometido a torturas, a tratos crueles, inhumanos o degradantes, de palabra u obra, ni será objeto de un rigor innecesario en la aplicación de las normas del presente Reglamento”.

⁹⁵ A partir de: Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos [visto en internet: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/TreatmentOfPrisoners.aspx>], Artículo 46 REP.- Todo interno tiene derecho a que la Administración Penitenciaria le otorgue al menos el catre, colchón y frazada. Artículo 47 REP.- Los internos tendrán derecho a que la Administración les proporcione una alimentación supervisada por un especialista en nutrición, médico o paramédico, y que corresponda en calidad y cantidad a las normas mínimas dietéticas y de higiene.

cuerpos armados, no necesariamente resulta siempre adecuada en un proceso de recuperación social del individuo.

Finalmente, no se contemplan mecanismos especiales de control judicial de la actividad administrativa penitenciaria. No existe una judicatura especializada en esta materia, agravando la indefensión de los reclusos. El rol entregado a los Jueces de Garantía o tribunales superiores es limitado e insuficiente. En el mismo sentido, nuestro sistema carece de mecanismos y acciones específicas destinadas a resguardar los derechos de las personas privadas de libertad.

No deja de ser, pues, paradójico que el mismo texto del REP se encargue de reconocer una serie de garantías y derechos de los internos, para luego violentarlos con el otorgamiento de facultades disciplinarias, que tienen, por lo demás, un carácter bastante discrecional. En efecto, el propio Reglamento en el artículo 87 señala que sólo interviene el juez en caso de repetición de la medida disciplinaria⁹⁶, lo que pone de manifiesto la escasa relevancia que se da a la labor jurisdiccional en este ámbito⁹⁷.

Por otra parte, el mismo cuerpo reglamentario parece no ajustarse a la CPR en todos los aspectos. Así, el artículo 82 del REP establece que las sanciones serán aplicadas por el jefe del establecimiento. El problema dice relación, entonces, con la garantía establecida en el artículo 19 N° 3 inciso 4° de la Constitución que garantiza a todas las personas el derecho a un juez natural, esto es, a no ser juzgado por comisiones especiales. Aquello supone, entre otros requisitos, que deben ser creados por ley, presupuesto que emana del principio de legalidad. Siendo así, no podría imponerse una sanción, entendida como cualquier medida que restrinja o limite un derecho, sin que aquélla haya sido declarada por un tribunal creado por ley.

Todo ello, sumado al hacinamiento, problemas de infraestructura carcelaria, problemas de higiene y ornato, falta de control de los internos, disminución de áreas recreativas, falta de privacidad de las actividades de los reclusos, entre otros problemas, hacen urgente un mecanismo de protección de los derechos fundamentales de quienes se encuentran privados de libertad. Las posibilidades tanto normativas como fácticas de los reclusos de ejercer sus derechos, son reducidas y están en las exclusivas manos de la Administración penitenciaria. Por ello es indispensable un medio de control jurisdiccional, un estricto respeto a la reserva absoluta de ley y la real posibilidad de defensa jurídica de los reclusos para erradicar la relación de sujeción especial en la que se encuentran. Por todo lo anterior podemos concluir que la norma contenida en el artículo 2° del REP, no tiene aplicación real dentro de los establecimientos penitenciarios y pecaríamos de ingenuidad si creemos que solo con esta declaración de buenas intenciones, coincidente con un precepto constitucional, podremos cambiar las condiciones en las cuales viven los privados de libertad.

⁹⁶ Artículo 87 REP.- La repetición de toda medida disciplinaria deberá comunicarse al Juez del lugar de reclusión antes de su aplicación, quien sólo podrá autorizarla por resolución fundada y adoptando las medidas para resguardar la seguridad e integridad del interno. Tratándose de personas sujetas a prisión preventiva, la aplicación de cualquiera de las medidas disciplinarias establecidas en el artículo 81 y los fundamentos de la misma, deberán ser informados inmediatamente al tribunal que conoce de la causa.

⁹⁷ CARNEVALI, Raúl, & MALDONADO, Francisco, cit. (n. 9), p.406

2. CAPÍTULO II: EL CONTROL EN LA EJECUCIÓN PENAL

I. Necesidad de un control objetivo y legítimo

En virtud de lo expuesto en el capítulo anterior, es posible señalar que el sometimiento de la Administración penitenciaria al principio de legalidad no es un mecanismo suficiente para garantizar el efectivo respeto de los derechos de la población penal. Es necesario establecer una vía de acceso para los reclamos pertinentes por parte de los reclusos, un derecho a la protección jurídica judicial, a través de derechos procedimentales que complementen y den efectividad a los derechos fundamentales materiales.

El principio de jurisdiccionalización de la pena pone de manifiesto tal exigencia, pues dispone que todas aquellas decisiones de la etapa de ejecución penal que impliquen una modificación de las condiciones cualitativas del cumplimiento de la pena impuesta, conforme a las prescripciones de la ley penal, deben ser tomadas o controladas por un juez, dentro de un proceso en el que se respeten las garantías propias del procedimiento penal. Presupone, por un lado, la asignación de competencia específica para intervenir en el control de la ejecución de la sanción privativa de libertad a una magistratura especializada, y por el otro, el ensanchamiento del ámbito de jurisdiccionalización mediante una ampliación de las funciones judiciales durante la etapa de ejecución —que se atribuyen, generalmente, a un juez especial-, en detrimento de las tareas confiadas a la Administración penitenciaria⁹⁸.

Este principio se materializa en la garantía de la tutela judicial efectiva, definida por KENDALL como el derecho fundamental que toda persona tiene a la prestación judicial, es decir, a obtener una decisión fundada jurídicamente, normalmente sobre el fondo de la cuestión que, en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, haya planteado ante los órganos judiciales⁹⁹. Así, la tutela judicial comprende 4 derechos: i) acceso a la jurisdicción o al proceso, existencia de tribunales y procedimientos a partir de los cuales es posible ejercer una acción y que esté libre de trabas que puedan obstaculizar su libre ejercicio; ii) derecho a la defensa; iii) derecho a una resolución razonada y fundada en derecho, que se expresen los motivos de hecho y de derecho en que se basan las decisiones tomadas. Asegurarse que la parte esté en conocimiento de las razones que justifican una determinada decisión, como una forma de garantizar que no existe arbitrariedad, y también como instrumento para posibilitar la impugnación de la sentencia ante órganos competentes; y por último iv) que la resolución obtenida sea efectiva, debe ser ejecutable, vale decir, lo que resuelve el juez debe ser acatado y cumplido.

La indefensión se produce cuando hay infracción a estos contenidos del derecho a la tutela judicial, sin embargo, es la indefensión material la realmente importante para estimar la vulneración de este derecho, ya que ésta se produce cuando hay un perjuicio al recurrente o demandante de protección judicial de sus pretensiones, tal como sucede en el caso de los internos.¹⁰⁰

Se procura con esto, extender el ámbito de actuación del derecho procesal penal a la etapa de ejecución de las sentencias; que la actividad jurisdiccional trascienda al fallo condenatorio. Debemos tener en mente que la sentencia penal no es algo estático, sino que

⁹⁸ RIVERA BEIRAS, Iñaki & SALT, Marcos Gabriel, *Los derechos fundamentales de los reclusos* (Buenos Aires, Editores del Puerto, 1999), p.206

⁹⁹ KENDALL CRAIG, Stephen, *Tutela judicial efectiva en la relación jurídica penitenciaria* (Santiago de Chile, Librotecnia 2010), p.90

¹⁰⁰ HURTADO, María Teresa, WELSCH, Gherman & MORALES, Ana María, *Estudio comparado sobre Tribunales de Ejecución de Penas* (Santiago, Mertz Kaiser, 2015), pag.16

representa un principio de actividad que dinámicamente puede agravarse o atenuarse¹⁰¹. Estas alteraciones tales como el tipo de establecimiento en el que se alojará el interno o su ubicación en el régimen progresivo una vez calificado por el organismo criminológico, sus avances y retrocesos dentro del mismo, la aplicación de sanciones disciplinarias que importen privaciones de derechos, traslados, obtención de beneficios penitenciarios y modificaciones de la pena entre otras, reflejan un compromiso con derechos humanos fundamentales, que no dejan de existir y ser reconocibles y respetables por virtud de una condena penal¹⁰². Por tal razón, deben estar sujetas a un control jurisdiccional con arreglo a la Constitución, la ley y los reglamentos, para evitar los excesos punitivos por parte de los responsables de las prisiones, y a propender a la no discriminación arbitraria de algunos condenados frente a otros.

Sin embargo, los riesgos para los derechos de los reclusos no provienen únicamente de factores endógenos constituidos por la relación entre el condenado y los operadores penitenciarios, sino que también de factores exógenos, ajenos al contexto penitenciario propiamente tal. El Estado es responsable de la disposición de condiciones, prerequisites o recursos necesarios para organizar los establecimientos penitenciarios, con el objeto de que la ejecución de la pena no se convierta en los hechos, en una vulneración sistemática de los derechos de los reclusos. En ese sentido, el control jurisdiccional también debe proyectarse en este terreno, estando facultado el juez para requerir al Estado las prestaciones necesarias para que la Administración penitenciaria cuente con suficientes recursos económicos y materiales, que a su vez les permitan contar con las condiciones requeridas para la ejecución del encierro carcelario de manera respetuosa de los derechos del recluso¹⁰³.

Es importante asegurar a la población penal el acceso a la justicia, pues es poco efectiva una declaración de derechos y deberes si los mismos no son justiciables, en otras palabras, si no existen mecanismos para asegurar que la autoridad responsable cumpla con los preceptos legales¹⁰⁴. Tal como señala PICCA, existe una problemática en relación a los derechos humanos. En primer lugar hay que distinguir entre la declaración de los derechos, por una parte, y su protección. En efecto, la afirmación de los derechos en actos solemnes no constituye en sí misma una garantía de estos derechos. Ahora bien, la protección de los derechos supone concebir un sistema jurídico que es difícil llevar a cabo, y, como consecuencia, a menudo va a faltar en las legislaciones. En la mayoría de los casos nos contentamos con la afirmación de los derechos sin que por ello se organice su protección¹⁰⁵. Tal como sostiene GIOSTRA, de nada serviría la posibilidad de conocer anticipadamente las consecuencias penales de la propia conducta si posteriormente estas pudieran ser aplicadas en forma arbitraria e incontrolable.¹⁰⁶

Desde otro punto de vista, la exigencia de fiscalización judicial de la privación de la libertad es una manifestación específica del deber estatal de conceder acceso al control judicial de cualquier acto de la Administración que afecte o pueda afectar derechos o libertades fundamentales de las personas¹⁰⁷. Sin embargo, la especial situación que se pretende regular

¹⁰¹ KUNSEMULLER LOEBENFELDER, Carlos, cit. (n. 7), p.119

¹⁰² *Ibidem*

¹⁰³ Arocena, Gustavo, *Vigilando el castigo: indagaciones sobre el control judicial de la ejecución de la pena privativa de la libertad* (Buenos Aires, Editorial B de F, 2014), p.18

¹⁰⁴ MURILLO RODRÍGUEZ, Roy, *Sobre la judicialización de la pena: garantía ejecutiva, control jurisdiccional y Estado de Derecho*, en *Revista El Cotidiano* 180 (2013), p.26

¹⁰⁵ PICCA, Georges, *Derechos humanos y sistema penal en Euzkylorre*, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología de San Sebastián, número extraordinario 12 (1998), p.85

¹⁰⁶ GIOSTRA, Glauco, *Il procedimento di sorveglianza nel sistema processuale penale: dalle misure alternative alle sanzioni sostitutive* (Milano, Giuffrè Editore, 1983), p.64

¹⁰⁷ Ministerio Público de la Defensa Argentina & Defensoría Penal Pública de Chile, cit. (n.23), p.60

justifica una necesidad de control judicial más atento, pues los sujetos privados de libertad se encuentran en una posición de vulnerabilidad e indefensión estando en prisión. Se les expone a un medio altamente violento, bajo la custodia y el control de los funcionarios penitenciarios, donde el ejercicio de casi todos sus derechos, aun cuando no hayan sido restringidos por la imposición de la sentencia penal, dependerá de la dinámica y la buena voluntad de los funcionarios carcelarios.

Esta estrecha y continua interrelación entre el agente penitenciario y el recluso favorece la generación de conflictos y, con ello, el peligro constante de afectación de los derechos fundamentales del interno siempre está presente, por lo que un control intenso de la actividad de la Administración penitenciaria resulta imperativo. No es infrecuente que el personal penitenciario ajuste toda su actividad al logro de un control estricto que evite posibles desviaciones del condenado, sin reparar en las eventuales afectaciones a los derechos del recluso que ello acarrea. Suele acudir, en muchos casos abusivamente, a un endurecimiento del régimen disciplinario y a fuertes excesos de seguridad, a través de medidas que, en tanto puedan resentir derechos fundamentales de los internos más allá de la afectación que permite la ley, resultan difícilmente compatibles, cuando no simplemente contrarias, a las finalidades resocializadoras que se pretende alcanzar¹⁰⁸.

Así, la Administración penitenciaria es quién finalmente tiene el poder para determinar en concreto el contenido de la pena, ya que si bien son los tribunales quienes mediante una sentencia condenatoria determinan el tiempo o extensión de la pena privativa de libertad, es ella quien determinará la intensidad o grado de dicha privación o afectación de derechos, sin depender de mecanismos obligatorios o formales de control de su actividad desde los tribunales.¹⁰⁹ En efecto, actuando en la más absoluta discrecionalidad, Gendarmería en su misión de neutralizar la personalidad “desviada” de los reclusos, cae constantemente en discriminaciones arbitrarias, por ende, inaceptables.

Es por esto que se hace necesario adoptar un órgano jurisdiccional adecuado para la vigilancia de la actividad penitenciaria, que asegure que la restricción de las libertades de los internos se haga dentro del marco de nuestra constitucionalidad, terminando así con la discrecionalidad en la que actúa la Administración penitenciaria. De esta manera, se podría destruir la práctica constante y generalizada de ir configurando, tanto normativa como fácticamente, la existencia de ciudadanos de segunda categoría¹¹⁰. Un verdadero Estado de Derecho no puede permitir la existencia de poderes públicos no regulados por la ley, menos cuando de lo que se trata es de la aplicación de la potestad de castigo.

II. Legislación vigente

Chile no cuenta con un sistema legal de control estandarizado para los conflictos que se susciten durante la etapa de ejecución penitenciaria. Se carece de un órgano especialmente competente, así como de acciones con la específica función de impugnar actos de la Administración penitenciaria. En general, se puede afirmar que no existe un sistema de protección para las personas privadas de libertad. Sin embargo, no por este vacío se puede dejar a los internos abandonados a su suerte. Una respuesta a dicho problema, es utilizar los

¹⁰⁸ CESANO, José, *Estudios de derecho penitenciario* (Buenos Aires, Ediar, 2003), p. 155

¹⁰⁹ HURTADO, María Teresa, WELSCH, Gherman & MORALES, Ana María, cit (n.89), pag.13

¹¹⁰ RIVERA BEIRAS, Iñaki, cit. (n. 65), p.333. Optamos por esta denominación de “ciudadanos de segunda categoría” debido a su precisión en poner sobre la mesa las principales falencias que presenta la vida al interior de la cárcel, las cuales dicen relación con la efectiva posibilidad de proteger el ejercicio de los derechos fundamentales y el total desconocimiento del principio de igualdad, con respecto al ciudadano no privado de libertad.

recursos y acciones generales que consagra el ordenamiento jurídico, manipulándolos y forzándolos para ser aplicables en el ámbito penitenciario, que es lo que efectivamente ocurre en la práctica. Por otro lado, una solución más sensata parece ser la adecuación de nuestra normativa a los postulados contenidos en diversos tratados internacionales ratificados por Chile. En efecto, como veremos en este capítulo, nuestro país no respeta a cabalidad las normas internacionales que regulan las penas privativas de libertad, siendo que constituyen derecho vigente en nuestro país, con rango constitucional en virtud del artículo 5 inciso 2º de la CPR.

1. Fuentes internacionales

En el sistema universal y regional de protección de los derechos humanos, se contempla el derecho de toda persona a un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. En primer lugar, este principio se encuentra garantizado en el artículo 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual dispone en su letra a) que cada uno de los Estados Partes en el Pacto se compromete a garantizar que toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en él hayan sido violados, podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales.

En el mismo sentido lo consagra el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), al garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva. Este dispone que:

“1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen:

- a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
- b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
- c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.”

Se exige a los estados la previsión de un recurso efectivo. No es suficiente con que exista en el derecho interno la posibilidad abstracta de ejercer un recurso de este tipo, sino que es necesario que el mismo produzca los efectos deseados, esto es, que sea efectivo para proteger el bien jurídico tutelado. Así mismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la protección judicial consagrada en este artículo impone a los estados miembros:

i) La obligación de contar con un recurso judicial efectivo, a disposición de todas las personas sometidas a su jurisdicción, contra actos que atenten contra sus derechos fundamentales. □

ii) Que el recurso sea rápido, sencillo y eficaz implica que éste sea adecuado y efectivo. Adecuado significa que la función del recurso, dentro del sistema del derecho interno, sea idónea para proteger la situación jurídica infringida. Efectivo, implica que sea capaz de producir el resultado para el que ha sido concebido. Un recurso ineficaz genera una situación de denegación al acceso a la justicia.¹¹¹

¹¹¹ Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez, sentencia de 29 de julio de 1988; Corte IDH, Caso Salvador Chiriboga

iii) La garantía de protección judicial se aplica no solo respecto de los derechos contenidos en la CADH, sino que también de aquellos que estén reconocidos por la Constitución o por la ley.

iv) La inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado parte. En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla.¹¹² □

v) El derecho a un recurso efectivo incorpora el principio de la efectividad de los instrumentos o medios procesales destinados a garantizar los derechos.¹¹³ □

vi) Los recursos judiciales efectivos suministrados por los estados a las víctimas de violación de derechos humanos deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal.¹¹⁴ □

vii) El principio de tutela judicial efectiva requiere que los procedimientos de ejecución sean accesibles para las partes, sin obstáculos o demoras indebidas, a fin de que alcancen su objetivo de manera rápida, sencilla e integral. Las disposiciones que rigen la independencia del orden jurisdiccional deben estar formuladas de manera idónea para asegurar la ejecución de las sentencias sin que exista interferencia por los otros poderes del Estado.¹¹⁵ □

Así también lo dispone la Declaración Universal de Derechos Humanos, que en su artículo 8º señala que toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley. Este derecho no sufre disminución alguna con la imposición de una pena, pues la exigencia no se deriva de la calidad de sujeto condenado sino de su condición de ser humano, toda vez que el acceso a la justicia y a una vía para el reclamo de derechos quebrantados es un derecho humano reconocido para todos.

Si bien los instrumentos internacionales de Derechos Humanos consagran el derecho al recurso como un mecanismo de defensa de las personas ante el ejercicio arbitrario del poder público, son los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, de la Organización de Estados Americanos, los que inciden directamente en el control judicial de la ejecución de una pena privativa de libertad:

“Principio VI: el control de legalidad de los actos de la Administración pública que afecten o pudieren afectar derechos, garantías o beneficios reconocidos en favor de las personas privadas de libertad, así como el control judicial de las condiciones de privación de libertad y la supervisión de la ejecución o cumplimiento de las penas, deberá ser periódico y estar a cargo de jueces y tribunales competentes, independientes e imparciales.

vs. Ecuador, sentencia de 6 de mayo de 2008.

¹¹² No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica; porque el Poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión; o, por cualquier causa, no se permite al presunto lesionado el acceso al recurso judicial (Corte IDH, Opinión Consultiva sobre Garantías Judiciales en Estado de Emergencia, OC-9/87 de 6 de octubre de 1987).

¹¹³ Corte IDH, Caso Las Palmeras, sentencia de 6 diciembre de 2001.

¹¹⁴ Corte IDH, Caso Godínez Cruz, sentencia de 26 de junio de 1987.

¹¹⁵ Corte IDH, Caso Mejía Idrovo vs. Ecuador, sentencia de 5 julio de 2011.

Los estados miembros de la Organización de los Estados Americanos deberán garantizar los medios necesarios para el establecimiento y la eficacia de las instancias judiciales de control y de ejecución de las penas, y dispondrán de los recursos necesarios para su adecuado funcionamiento”.

En el mismo sentido, se encuentran las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955. Además de contener la garantía del recluso a efectuar peticiones y presentar recursos ante la autoridad jurisdiccional, consagra una serie de derechos pertenecientes a las personas privadas de libertad, que constituyen las condiciones mínimas admitidas por las Naciones Unidas sobre las cuales los Estados deben legislar.

Sin embargo, no basta solo con la existencia de importantes instancias de control supranacional, ejercidas por organismos como la Comisión o la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que intervienen reaccionando frente a la lesión de un derecho fundamental o previniendo la producción de este resultado mediante la puntualización de las condiciones de detención que podrían conducir a tal afectación de derechos elementales. Hacen falta, como hemos aseverado, mecanismos de garantías internos, es decir, provistos por el propio Estado, ora nacional, ora provincial.¹¹⁶

2. Fuentes nacionales

La vigencia plena de los derechos de los reclusos exige más que su mera proclamación a nivel normativo, sea este legal o constitucional. Son necesarios mecanismos internos de garantías que, como la judicialización de la ejecución penitenciaria, aseguren que la aplicación práctica de las disposiciones penitenciarias no termine por vaciar de contenido las reglas de garantía relativas a los penados¹¹⁷.

En nuestro país, la relación jurídica penitenciaria se ha entendido como aquella que existe entre el Estado y el interno, en la cual el Estado es representado por el ente administrativo. Se entiende por interno a las personas que se encuentran efectivamente privadas de su libertad ya sea en calidad de detenidas, condenadas o sujetas a la medida cautelar de prisión preventiva¹¹⁸.

En Chile no existe una norma de rango constitucional que se refiera expresamente a la relación jurídica penitenciaria o a la situación del recluso. Sólo es posible encontrar en la Constitución Política de la República normas generales aplicables en esta materia. A saber, disposiciones que hacen referencia al principio de legalidad de las penas (artículo 19 N°3, incisos séptimo y octavo), la libertad personal (artículo 19 N°7), recurso o acción constitucional de amparo (artículo 21), recurso o acción de protección (artículo 20), control judicial contra actos administrativos (artículo 38) y la referente a la facultad exclusiva de los tribunales de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (artículo 76).

Por su parte, el Código Penal en su artículo 80 inciso 1° consagra el principio de legalidad en la ejecución de las penas, y en su inciso 2° indica que ha de estarse a lo que determinen los reglamentos especiales a todo lo relativo al gobierno de establecimientos penitenciarios, régimen disciplinario, visitas y socorro de los penados.

En cuanto al Juez de Garantía, el Código Orgánico de Tribunales (COT) en su artículo 113 le otorga competencia para hacer ejecutar las sentencias penales y medidas de seguridad,

¹¹⁶ AROCENA, Gustavo, cit. (n. 92), p.9

¹¹⁷ *Ibidem*, p.7

¹¹⁸ Kendall Craig, Stephen, cit. (n.88), p.55

incluidas las dictadas por los Tribunales de Juicio Oral en lo Penal. A falta de un juez de ejecución penitenciaria, se agrega en el año 2001 la letra f) del artículo 14 del mismo cuerpo legal, que señala que corresponderá a él 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. Los artículos 567 y siguientes imponen al juez el deber de realizar visitas a detenidos y presos para indagar si sufren tratos indebidos, si se les coarta la libertad de defensa o si se prolonga ilegalmente la tramitación de su proceso.

Por su parte, el Código Procesal Penal en los artículos 466 a 472 establece normas referentes a resoluciones y comunicaciones que debe realizar el Juez de Garantía para el cumplimiento de condena, destino de especies decomisadas y retenidas y la ejecución civil de éstas.

La ejecución penal de la población adulta, se encuentra encomendada a Gendarmería de Chile, en virtud de lo dispuesto en el Decreto Ley N° 2859, Ley Orgánica que regula a la institución, y que en su artículo 1° dispone que Gendarmería de Chile es un servicio público dependiente del Ministerio de Justicia, que tiene por finalidad atender, vigilar y contribuir a la reinserción social de las personas que por resolución de autoridades competentes, fueren detenidas o privadas de libertad y cumplir las demás funciones que le señale la ley.

Junto con la Ley Orgánica de la institución, otro cuerpo de menor rango –el Decreto Supremo N°518– regula en forma detallada las principales funciones de la Gendarmería, a través del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, que entre otros tópicos, establece los derechos y deberes de las personas privadas de su libertad.

Fuera de las normas citadas, conviven junto a ellas otras regulaciones de distinto rango, principalmente reglamentario, que regulan materias específicas de la ejecución de penas privativas de libertad.

Así las cosas, es posible afirmar desde el punto de vista de la red de reglas relevantes para una persona que ingresa al sistema penitenciario, que la regulación chilena se visualiza atomizada y disgregada, lo que dificulta aun más su control. Si bien tanto el inciso segundo del artículo 38 de la CPR como el inciso primero del artículo 9° del REP garantizan a las personas la protección judicial frente a los actos de la autoridad administrativa, ningún cuerpo legal contempla un recurso que tenga por finalidad específica impugnar judicialmente una resolución dictada por la Administración penitenciaria. Este vacío legal en materia penitenciaria no sólo atenta contra la garantía de tutela judicial, sino que permite la impunidad de posibles infracciones al artículo 6° de la CPR, lo que en el contexto de una institución totalitaria como la cárcel, resulta de enorme gravedad.

La privación de libertad debiese tener naturaleza jurídica, pero la realidad chilena está muy lejos de ello. Una vez dictado el fallo condenatorio, el tribunal sentenciador deja en manos de la discrecionalidad administrativa la ejecución de la pena, manteniendo facultades muy restringidas. Solo se mantiene dentro de la competencia judicial, la facultad de visitas de ciertos jueces a los establecimientos penitenciarios periódicamente.¹¹⁹

III. Tipos de control sobre la Administración penitenciaria

Luego de analizar la necesidad de la existencia de un control en la etapa de ejecución de la pena, y la realidad normativa de Chile en este ámbito, cabe revisar los tipos de control que se pueden adoptar sobre los actos de la Administración penitenciaria.

¹¹⁹ ARTAZA, Osvaldo & PALACIOS, Marcela, cit. (n. 43), p.168

i) En primer lugar, encontramos ordenamientos que entregan todo lo referente a la ejecución de la pena privativa de libertad en mano de ciertos órganos administrativos, sin prever, en términos generales, un control judicial sobre estos mismos. Esta alternativa se puede graficar con el sistema de control contemplado en Suecia con respecto a las materias disciplinarias, netamente administrativo, en donde el director de cada centro penitenciario tiene la responsabilidad de determinar el máximo de días imposables como sanción, previendo además un recurso de alzada ante la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, máxima autoridad administrativa de ejecución penitenciaria¹²⁰.

ii) Por otro lado, hay sistemas que sin prever un órgano judicial especializado, admiten un control jurisdiccional sobre los actos de la administración, generalmente a cargo del tribunal sentenciador. Esta alternativa recibe el nombre de control impropio o indirecto¹²¹. Es el caso de Alemania, donde la libertad condicional, así como algunas modificaciones de las medidas de seguridad o corrección posteriores a su imposición, son competencia de la jurisdicción del tribunal o juez sentenciador, quién también debe resolver los recursos interpuestos contra las decisiones administrativas en materia de ejecución¹²².

iii) Finalmente se encuentra el sistema de control propio o directo, en que se realiza un control llevado a cabo por órganos jurisdiccionales especializados, distintos e independientes del juez sentenciador. Es el caso de España, país que desde el año 1981 posee la figura del Juez de Vigilancia Penitenciaria. Dicha magistratura ejerce funciones de ejecución penal, en orden a hacer ejecutar lo juzgado, y de control de legalidad de la actividad penitenciaria, con el fin de salvaguardar los derechos fundamentales de los internos, denominada funciones de vigilancia.

Hasta antes de la entrada en vigencia de la reforma procesal penal, Chile pertenecía al primer grupo, pues no contemplaba por regla general un control judicial a los actos de la Administración penitenciaria. A partir del año 2001, este control recae en el Juez de Garantía, al menos en el ámbito normativo, ya que el artículo 14 del COT en su letra f) así lo dispone, al señalar dentro de su competencia material la de resolver las solicitudes y reclamos relativos a la ejecución de las condenas criminales y medidas de seguridad. Por lo tanto, es posible sostener que en la actualidad nuestro país contempla un sistema de control impropio sobre la Administración Penitenciaria.

Sin embargo, desde la entrada vigencia de la nueva normativa, no ha cambiado mayormente la realidad de la ejecución de la condena, la que sigue en manos de la autoridad administrativa sin tener el Juez de Garantía ningún control dentro del ámbito fáctico con respecto a las afectaciones que pueden darse dentro del régimen penitenciario.

Se sigue con la tradición de encomendar el cumplimiento de las sanciones a la Administración, quien resuelve los conflictos suscitados en la etapa de ejecución. Solo para el caso de que se deba repetir la aplicación de medidas disciplinarias, la autoridad penitenciaria debe comunicar la situación al juez competente¹²³. Esto es propio de nuestra tradición excluidora y estigmatizadora en donde la gran misión del régimen penitenciario es la neutralización de los reclusos.

¹²⁰ *Ibidem*, p.171

¹²¹ BACH I ESTANY, Joseph María, El control judicial de la ejecución de penas en nuestro entorno cultural. Cárcel y Derechos Humanos. Un enfoque relativo a la defensa de los derechos fundamentales de los reclusos (Barcelona, J.M. Bosch Editor, 1992), p.119

¹²² ARTAZA, Osvaldo & PALACIOS, Marcela, cit. (n. 43), p.172

¹²³ Artículo 87 REP.- La repetición de toda medida disciplinaria deberá comunicarse al Juez del lugar de reclusión antes de su aplicación, quien sólo podrá autorizarla por resolución fundada y adoptando las medidas para resguardar la seguridad e integridad del interno.

Para agravar la actual situación, nos encontramos con que los internos no saben cómo se ejercen las instancias de reclamo o de queja, pues no manejan el Reglamento de Establecimientos Penitenciario. Sin perjuicio de ello, muchos prefieren hacerse a un lado y callar, para evitar represalias o seguimiento por parte de la administración, pues frente a ella no tienen posibilidad de defensa¹²⁴.

Como veremos, existen instancias internas y externas para ejercer el derecho al recurso. Dentro de las instancias internas, se contempla la posibilidad que los reclusos puedan enviar un escrito al jefe del sector, mediante el suboficial. Sin embargo, es éste quien decide, a su absoluta discrecionalidad, si entrega el escrito o “simplemente se pierde”. En consecuencia, este reclamo generalmente no recibe respuesta, y si se trata de quejas sobre un funcionario, se suele considerar al interno problemático y en muchas ocasiones se le traslada. En cuanto a las instancias externas, es posible efectuar reclamaciones mediante recursos jurisdiccionales, específicamente con las acciones constitucionales de amparo y protección. En estos casos, se entregan los escritos correspondientes a un funcionario o a las visitas para que éstas lo presenten ante la Corte de Apelaciones respectiva, la que solicitará un informe de los hechos ocurridos a Gendarmería. En muchos casos se fallará exclusivamente en base a dicho informe, consecuentemente, a favor de la autoridad administrativa. Por esta razón, podemos concluir que los internos, por sí solos, siguen en una posición de indefensión, sin posibilidades reales de hacer llegar sus reclamos de manera efectiva al órgano jurisdiccional.

Resulta necesario aclarar que lo anteriormente descrito es aplicable a las personas condenadas que cumplen una pena privados de libertad, no así a detenidos e imputados sujetos a prisión preventiva, ya que a éstos se les otorga una mayor protección de sus derechos. De hecho, el imputado sujeto a prisión preventiva no sólo se rige a través del REP, sino que también por otras normas donde se establece un catálogo de derechos y garantías procesales, como aquellas contenidas en el párrafo cuarto del Libro 1 del Código Procesal Penal (artículos 139 a 153), y por otras normas del mismo código, en especial los artículos 93 y 94.

IV. Mecanismos de control de la actividad penitenciaria

En nuestra realidad jurídica, sin perjuicio de lo dispersa de la regulación en materia penitenciaria, existen mecanismos que permiten, aunque débilmente, controlar de alguna forma la actividad de la Administración penitenciaria, a través de los procedimientos administrativos y judiciales.

En particular, el artículo 9º del REP reconoce el derecho de tutela judicial frente a los actos de la Administración, estableciendo que los internos en defensa de sus derechos e intereses, podrán dirigirse a las autoridades competentes y formular las reclamaciones y peticiones pertinentes a través de los recursos legales. Sin embargo, este derecho de impugnación no sólo se restringe al ámbito judicial, pues el reglamento también establece la posibilidad de reclamar ante la propia Administración, al establecer el artículo 58 que los internos también podrán presentar a las autoridades penitenciarias peticiones y quejas relativas a su tratamiento o al régimen del establecimiento.

De esta forma el REP, reconoce tanto la vía administrativa como la judicial para que el interno pueda impugnar las decisiones de la administración penitenciaria, frente a eventuales vulneraciones.

1. Recurso ante la Administración

¹²⁴ ARTAZA, Osvaldo & PALACIOS, Marcela, cit. (n. 43), p.85

La ejecución material de las penas privativas de libertad está entregada a la Administración del Estado, específicamente a Gendarmería de Chile. Sin embargo, en el marco de la ejecución penitenciaria, existen más entes administrativos que gozan de potestades y competencias en dicha materia, siendo algunos de estos el Alcaide o Jefe de Establecimiento Penitenciario, el Director Nacional y los respectivos Directores Regionales de Gendarmería, el Consejo Técnico, Tribunal de Conducta, Ministerio de Justicia, la Comisión de beneficios de reducción de condena y la Comisión de libertad condicional, entre otros.

En ese contexto, frente a los actos emanados de dichos entes administrativos, existe la posibilidad de recurrir administrativamente de sus decisiones, por aplicación de la Ley N° 19.880 de “Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado” (LBPA). Tal como señala su artículo 1°, esta norma tiene un carácter supletorio, por lo que en caso de regularse procedimientos administrativos especiales, solo se aplicará supletoriamente en todo lo que no regule la ley especial.

Al respecto, si bien el REP no contempla un procedimiento administrativo especial, sí regula un recurso especial denominado “recurso de petición”. Así, el inciso segundo del artículo 9° del REP establece que los internos podrán presentar a las autoridades penitenciarias peticiones y quejas relativas a su tratamiento o al régimen del establecimiento. Esta norma debe ser complementada con el artículo 58 del mismo cuerpo reglamentario, que establece que los internos tendrán derecho a efectuar peticiones a las autoridades penitenciarias, cuyo ejercicio no obsta a la interposición de los recursos judiciales que sean pertinentes. Por tanto, es necesario considerar que:

- i) las peticiones las puede realizar el interno en forma verbal o escrita;
- ii) el Alcaide a cargo del centro penitenciario se encargará de responder por la misma vía, los reclamos, previa citación a audiencia al interno;
- iii) la norma dispone que el plazo para contestar o informar del estado de la solicitud es de 15 días corridos;
- iv) sin perjuicio del ejercicio de este derecho, el interno puede en paralelo o posteriormente, formular sus reclamos, peticiones o solicitud a otras entidades.

En este caso, correspondería en virtud del principio de especialidad, la utilización del recurso de petición frente a controversias que se susciten en relación al régimen penitenciario, aplicándose de manera supletoria lo dispuesto en la LBPA, en todo aquello que no esté regulado en el reglamento en relación a este recurso. En ese sentido, tanto las peticiones relativas a la aplicación del régimen disciplinario, los permisos de salida y la calificación de la conducta, podrán ser canalizadas a través de esta vía, en la medida que le corresponde resolverlas el Alcaide, ante quien debiera interponerse.

En aquellos casos en que las hipótesis no hagan procedente el recurso de petición, corresponderá la impugnación por los recursos generales establecidos en la LBPA. Entre ellos encontramos el recurso de reposición que se encuentra regulado conjuntamente con el recurso jerárquico en el artículo 59 de la Ley N° 19.880. Como señala FERRADA ambos recursos son mecanismos ordinarios establecidos para impugnar el acto ante la misma autoridad que los dictó o ante el superior jerárquico, a través de los que se puede revisar no sólo la legalidad de la actuación administrativa, sino la oportunidad o conveniencia de la misma¹²⁵. Junto a ellos se encuentra el recurso extraordinario de revisión, procedimiento administrativo excepcional que permite la revisión de la decisión administrativa, pero sólo por las causales expresamente

¹²⁵ FERRADA, Juan Carlos, Los procesos administrativos en el Derecho chileno, en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso 36 (2011) pp.256

establecidas en la ley, constituyendo una excepción calificada a la firmeza de los actos administrativos.

Al respecto, es posible afirmar la existencia de una crítica transversal a los procedimientos administrativos en el sentido que los órganos encargados de resolver el asunto ventilado a través de ellos operan como juez y parte, por lo que no es de extrañar que se busque beneficiar a la Administración. En ese sentido, los recursos de reposición y jerárquico no son del todo útiles. El primero, puesto que nada obliga al funcionario administrativo a tomar una decisión distinta a la ya adoptada. El segundo, debido a que si bien el superior jerárquico del Alcaide es el Director Regional, para efectos de permisos de salidas, condiciones de reclusión y reclamaciones sobre las mismas, el Alcaide es completamente soberano. Por ley, solo a él le corresponde resolver dichos planteamientos. En ese caso, el Director Regional, superior jerárquico del Alcaide, no puede hacer nada al respecto.

Esta situación se ve agravada por el hecho de que en definitiva es el derecho a la libertad el que muchas veces se ve en juego en la decisión. Asimismo, como señala KENDALL, siendo la relación jurídica penitenciaria una relación especial de sujeción en extremo asimétrica, necesariamente requiere de tutela por parte de órganos judiciales imparciales, toda vez que dentro de ella se encuentra en juego la afectación de derechos fundamentales de la persona privada de libertad. Estas afectaciones pueden provenir de actuaciones del propio ente administrativo penitenciario¹²⁶.

Otro aspecto complejo en relación a la aplicación de estos procedimientos administrativos es que no se contempla ninguna norma que exija la intervención de un abogado defensor que represente al interno, más bien debe enfrentarse por sí mismo al proceso administrativo, vulnerando el principio de defensa técnica.

Sobre el particular, HORVITZ Y LÓPEZ señalan que claramente este procedimiento administrativo es insuficiente y no asegura debidamente los derechos del interno que no son afectados por la pena impuesta¹²⁷. En la práctica, el sistema penitenciario chileno se encuentra aún imbuido en una lógica de las relaciones de sujeción especial, estando el interno bastante disminuido en relación a la administración. Bajo esa concepción, resulta en extremo complejo que los internos deduzcan estos recursos administrativos, sin que esto signifique desafiar a la autoridad y eventualmente tenga como consecuencia un mayor rigor en términos del régimen al cual es sometido. Esta situación se ve plasmada en un estudio desarrollado por STIPPEL, en el que se comprobó mediante una encuesta practicada a los reclusos que 31,6% no hace uso del derecho de reclamo por el temor a las represalias¹²⁸.

Por su parte, en un estudio publicado por el Instituto de Derechos Humanos elaborado en base a una investigación realizada por la Fundación Paz Ciudadana¹²⁹, se constató que Gendarmería de Chile no cuenta con un protocolo de aplicación de la Ley N°19.880, por lo que raramente se utilizan los recursos administrativos establecidos en dicha ley. Por eso, una de las recomendaciones efectuadas por dicha institución apuntó a que mientras no se dicte una ley de ejecución penal que regule los derechos y deberes de los penados, y también la resolución de peticiones cotidianas en las que no sea necesaria la intervención de la judicatura, resulta fundamental que se modifique el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios de manera de ajustarlo a las exigencias mínimas de la Ley N° 19.880. De esta forma se regularía de manera clara un procedimiento administrativo penitenciario en virtud del cual se establecieran las

¹²⁶ KENDALL CRAIG, Stephen, cit. (n.88), p.77

¹²⁷ HORVITZ, María Inés & LÓPEZ, Julián, cit. (n.20), p.591

¹²⁸ STIPPEL, Jorg, *Las cárceles y la búsqueda de una política criminal para Chile*, (Santiago, LOM Ediciones, 2006)

¹²⁹ INHD, Santiago, 2013, p.159 visto en HURTADO, María Teresa, WELSCH, Gherman & MORALES, Ana María, cit. (n.89), p.16

formalidades necesarias para el ejercicio del derecho a petición y de publicidad de los actos de la Administración.

2. Procedimientos judiciales

A continuación se describirán los procedimientos judiciales existentes utilizados para controlar la legalidad de las resoluciones de la Administración penitenciaria y que constituyen mecanismos de tutela judicial de los derechos del recluso frente a ella.

El artículo 38 inciso 2° de la CPR y el artículo 9 inciso 1° del REP garantizan a las personas la protección judicial frente a los actos de la autoridad administrativa. El problema es que no existen recursos cuya finalidad específica sea el impugnar judicialmente una resolución dictada por la Administración penitenciaria. Existe en esta materia un gran vacío legal, que deja en indefensión a los condenados respecto de los actos arbitrarios de la autoridad, lo que no sólo atenta contra la garantía de tutela judicial, sino que permite también la impunidad de posibles infracciones al artículo 6° de la Constitución Política y al Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, lo que en el contexto de una institución total como la cárcel, resulta de enorme gravedad.

Sin embargo, para suplir este vacío, existen diferentes procedimientos judiciales de carácter genérico que contempla el derecho chileno y que se utilizan en el ámbito penitenciario.

2.1 Procedimientos ante el Juez de Garantía

En cuanto a los procedimientos ante el Juez de Garantía, es posible distinguir la audiencia contemplada en los artículos 466 y siguientes del CPP, la cautela de garantías del artículo 10 del CPP y el recurso de amparo del artículo 95 del mismo cuerpo legal.

2.1.1 Audiencia de los artículos 466 y 467 del CPP

En el título VIII del Libro IV del CPP se regula la ejecución de las sentencias condenatorias y las medidas de seguridad. El artículo 466 del CPP en su inciso segundo, dispone que el condenado o el curador en su caso, podrán ejercer durante la ejecución de la pena o medida de seguridad todos los derechos y facultades que la normativa penal y penitenciaria le otorgare. Entre estos derechos se encuentra el artículo 9 del REP que consagra el derecho a formular reclamaciones y peticiones en defensa de sus derechos e intereses ante las autoridades competentes, y el artículo 58 inciso final del mismo, que da pie a la interposición de recursos judiciales. Por tanto, debemos concluir que el recurso judicial frente a los conflictos que se puedan suscitar en la etapa de ejecución de la pena está reconocido en nuestra legislación. Solo faltaría establecer el tribunal ante cual ejercer dicha acción, cuestión que quedó resuelta el año 2001 con la introducción de la letra f) del artículo 14 del COT: el Juez de Garantía.

A partir de lo anterior, surge la pregunta si el Juez de Garantía obra como juez de ejecución de penas de conformidad a dicha norma. Por un lado, KENDALL y PFEFFER argumentan apoyados en la historia fidedigna de la ley, la que señala que el control de la ejecución de las sentencias debe quedar entregado a los entes administrativos, en la medida que la ley en esta materia –al dictarse el CPP– no quiso innovar hasta que se crearan los jueces de ejecución¹³⁰. Por otro lado, HORVITZ y LÓPEZ señalan que a falta de la figura de un juez de ejecución de penas, la ley atribuye a los Jueces de Garantía el deber de hacer ejecutar todas las

¹³⁰ HURTADO, María Teresa, WELSCH, Gherman & MORALES, Ana María, cit. (n.89), p.17

condenas y medidas de seguridad aplicadas en las sentencias, incluidas aquellas dictadas por los Tribunales Orales en lo Penal, por lo que el control no sería meramente administrativo¹³¹.

En la práctica no se da una mayor aplicación a esta herramienta, considerando que no hay norma legal que establezca un procedimiento, salvo aquella relativa a la repetición de una medida disciplinaria de conformidad con lo dispuesto en el 87 del REP. Considerando lo anterior, subsisten dudas sobre la posibilidad de reclamar ante el Juez de Garantía en materias tales como la calificación de la conducta, permisos de salida, la libertad condicional, rebaja de la condena y otras materias vinculadas con la protección de otros derechos asociados a la salud, educación, trabajo, y el ejercicio de derechos civiles y políticos. Sin embargo, la ausencia de un procedimiento particular no puede transformar en letra muerta esta norma, debiendo aplicarse las normas generales contenidas en el Título II del Libro I del CPP.

2.1.2 Cautela de Garantías

Desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra y hasta la completa ejecución de la sentencia el imputado tiene derecho a defensa, lo que conlleva, entre otras cosas, que tiene derecho a contar con un abogado defensor. Dentro de las facultades de éste último, se encuentra el poder de ejercer los derechos y facultades que la ley le reconoce al imputado. En consecuencia, su función está intrínsecamente ligada a la cautela de las garantías del imputado.

En ese contexto se presenta el artículo 10 del CPP, que regula la cautela de garantías ante el Juez de Garantía. Dicho artículo establece que en cualquiera etapa del procedimiento en que el Juez de Garantía estimare que el imputado no está en condiciones de ejercer los derechos que le otorgan las garantías judiciales consagradas en la Constitución Política de la República, en las leyes o en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, adoptará de oficio o a petición de parte, las medidas necesarias para permitir su ejercicio. Si tales medidas no fueren suficientes para evitar que pudiere producirse una afectación sustancial de los derechos del imputado, el juez ordenará la suspensión del procedimiento y citará a los intervinientes a una audiencia que se celebrará con los que asistan. Con el mérito de los antecedentes reunidos y de lo que en dicha audiencia se expusiere, resolverá la continuación del procedimiento o decretará el sobreseimiento temporal del mismo.

Si bien esta norma fue concebida por el legislador como un mecanismo de protección de las garantías judiciales dentro de un proceso penal en curso, en la práctica se ha ampliado su ámbito de aplicación, en términos de poder ser utilizada en cualquier etapa del procedimiento, ya sea en la de investigación, intermedia, de juicio oral, de impugnación y de ejecución de la pena o medida de seguridad¹³².

Es importante en este caso la mención que realiza el artículo 10 del CPP en relación a la imposibilidad del imputado de ejercer derechos contenidos en normas internacionales, pues son las mismas las que consagran principalmente los derechos de las personas privadas de libertad.

Sin embargo, alguna jurisprudencia sostiene que este recurso no sería aplicable en materia penitenciaria, toda vez que el imputado ya se encuentra cumpliendo condena. Además, refiere que conforme a la historia de la ley, esta norma no fue concebida por el Legislador como un mecanismo de aplicación general para el resguardo y vigencia de las garantías del

¹³¹ HORVITZ, María Inés & LÓPEZ, cit. (n.20), p.591

¹³² Ministerio Público de la Defensa Argentina & Defensoría Penal Pública de Chile, cit. (n.23), p.206

imputado. Restringidamente se debería aplicar cuando el Juez de Garantía advirtiera que el imputado no está en condiciones de ejercer en plenitud los derechos emanados de tales garantías, no siendo aplicable, según señala, a situaciones penitenciarias, para lo cual se ha establecido un reglamento especial.¹³³

Como contrapartida, adoptando una postura a la cual adherimos, se sostiene que la cautela de garantías del artículo 10 del CPP sí es aplicable en el ámbito penitenciario. Se argumenta que el artículo 102 del Código Procesal Penal reconoce al imputado el derecho a contar con un defensor hasta la completa ejecución de la sentencia que se dictare. Así también se desprende del artículo 7° de la misma norma, puesto que señala que la calidad de imputado también se extiende hasta dicho momento. Además, el artículo 10 del CPP establece la participación del tribunal en cualquiera etapa del procedimiento, siendo el cumplimiento de la sentencia definitiva parte del proceso penal. Finalmente, no parece lógico que este recurso pueda utilizarse en todas las fases del proceso penal, con excepción de aquella que resulta más gravosa para el imputado, y que por lo mismo, hace más factible que se vulneren sus derechos, como lo es la ejecución.

2.1.3 Amparo ante el Juez de Garantía

El artículo 95 del CPP establece que toda persona privada de libertad tendrá derecho a ser conducida sin demora ante un Juez de Garantía, con el objeto de que examine la legalidad de su privación de libertad y, en todo caso, para que examine las condiciones en que se encontrare, constituyéndose, si fuere necesario, en el lugar en que ella estuviere. El juez podrá ordenar la libertad del afectado o adoptar las medidas que fueren procedentes. El abogado de la persona privada de libertad, sus parientes o cualquier persona en su nombre podrán siempre concurrir ante el juez que conociere del caso o aquel del lugar donde aquella se encontrare, para solicitar que ordene que sea conducida a su presencia y se ejerzan las facultades establecidas en el inciso anterior.

Se trata de un amparo correctivo, pues busca corregir una privación de libertad producida con infracción a la ley. Por esta vía podrían ventilarse situaciones relativas a los permisos de salida, la libertad condicional, y la rebaja de condena en el evento que su aplicación permita hacerlo e implique el otorgamiento de la libertad del sujeto. Por otro lado, tratándose del régimen disciplinario y traslados, también resultaría atingente que se ventilen cuestiones relativas a ello, pudiendo el juez adoptar la medida que estimare procedente¹³⁴.

2.2 Recursos ante las Cortes de Apelaciones

Las Cortes de Apelaciones respectivas, podrán conocer de cuestiones relativas a materia penitenciaria a través de dos acciones contempladas en la Constitución Política de la República: el recurso de protección y el recurso de amparo.

¹³³ En ese sentido, causa N° 7271/2013, resolución N°2197 de Corte de Apelaciones de Valparaíso, de 8 de enero de 2014.

¹³⁴ En ese sentido, causa N° 74/2016, resolución N°8346 de Corte de Apelaciones de Temuco, de 29 de enero de 2016 que declara procedente el traslado solicitado por vía de recurso de amparo del artículo 95 de CPP.

2.2.1 Recurso de Protección

La acción constitucional de protección está establecida en el artículo 20 de la CPR, y se puede definir como una acción procesal instaurada por la Constitución, cuyo carácter informal y sumarísimo permite al afectado por actos u omisiones arbitrarios o ilegales -que le agraven en el legítimo ejercicio de cualquiera de los derechos que la Carta especifica- para recurrir directamente a la Corte de Apelaciones respectiva, la cual queda habilitada para decretar las medidas que estime necesarias con el fin de restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección al afectado¹³⁵.

Procede, por lo tanto, su interposición cuando una persona, por actos u omisiones arbitrarios o ilegales, sufra privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de ciertos derechos y garantías constitucionales.

Estas acciones se pueden clasificar en dos grandes grupos:

i) Aquellas que buscan dejar sin efectos actos o impugnar resoluciones administrativas penitenciarias. Las impugnadas por esta vía principalmente han sido: la no concesión de libertad condicional, traslados, sanciones disciplinarias, no concesión de beneficio de reducción de condena y la clasificación. En estos casos, la acción se utiliza como una instancia contencioso administrativa en la cual se controla la legalidad del acto o la discrecionalidad administrativa.

ii) Aquellas que tienen por objeto reclamar en contra de vías de hecho u omisiones que afectan los derechos fundamentales de los reclusos. En relación a estas materias, las Cortes se han pronunciado en las siguientes materias: condiciones de vida inhumanas, amenazas, apremios físicos y psicológicos, no traslado de internos en enajenación mental a recintos psiquiátricos, negativa de comunicaciones telefónicas, apertura de correspondencia y falta de atención médica.

Uno de los principales objetivos que buscan en general todas las personas que interponen un recurso de protección es que la Corte de Apelaciones respectiva ordene todas las medidas necesarias para restablecer el derecho vulnerado y asegurar su protección, de un modo directo e inmediato, ofreciendo en el caso particular de los internos, la posibilidad de reclamar ante los tribunales superiores de justicia otros derechos fundamentales que no tienen que ver con la libertad personal de los internos.

Se trata de una acción informal, que puede ser interpuesta por el afectado o por cualquiera a su nombre; no requiere patrocinio de abogado; tiene un plazo fatal para su interposición de 30 días corridos, contados desde la ocurrencia del acto u omisión arbitrario o ilegal y se interpone ante la Corte de Apelaciones en cuya jurisdicción se hubiere cometido el acto o incurrido en la omisión¹³⁶.

Debemos tener en cuenta que este recurso no cautela todos los derechos fundamentales, sino que solo los que señala el artículo 20 de la Constitución.

¹³⁵ RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro, *La acción constitucional de protección en el ordenamiento jurídico chileno*, en *Revista de estudios constitucionales* 2 (2006), p.111

¹³⁶ Ministerio Público de la Defensa Argentina & Defensoría Penal Pública de Chile, cit. (n.23), p.205

2.2.2 Recurso de Amparo

El Recurso de Amparo o Habeas Corpus se encuentra establecido en el artículo 21 de la CPR, está destinada a tutelar la libertad personal y la seguridad individual de toda persona natural que esté o se halle amenazada de ser arrestada, detenida o presa o que sufra, o pueda sufrir, cualquier otra privación, perturbación o amenaza de esa libertad o seguridad, con infracción de lo asegurado en la Constitución Política de la República y las leyes.¹³⁷

Con este recurso se garantiza la protección de la libertad personal. Se pueden hacer valer aspectos de la legalidad de la detención o de la duración de la pena. Además de la libertad, este recurso protege también la seguridad individual; por tanto, la formulación de la norma permite recurrir al tribunal respecto de la forma en que se ejecuta la pena. Así, se ha utilizado esta herramienta por los internos para que sus derechos sean tutelados, ya sea para impugnar resoluciones administrativas o reclamar en contra de vías de hecho. Respecto a la impugnación de resoluciones se ha incoado esta acción para reclamar de algunos aspectos como la negativa de concederse la libertad condicional, la denegación o revocación de un permiso de salida, la negativa de reducción de condena, la imposición de una sanción disciplinaria y respecto de traslados. En cuanto al ejercicio de esta acción como forma de reclamar contra vías de hechos que afecta la libertad o seguridad individual, se han presentado acciones relacionadas con las condiciones de encierro inhumanas o degradantes, el hacinamiento, las amenazas, el traslado de interno enfermo mental, la infracción a los derechos del niño, apremios físicos y psicológicos y el extravío de expediente judicial¹³⁸.

El recurso de amparo, además de tener un carácter correctivo, es preventivo, ya que busca evitar toda perturbación o amenaza a la libertad personal y seguridad individual. Se trata de una acción cautelar, conocida por los tribunales en uso de sus facultades conservadoras, e informal, sin plazo de interposición.

En la práctica las acciones constitucionales de amparo y protección se han ido convirtiendo en el instrumento de tutela de los derechos e intereses de los condenados privados de libertad¹³⁹.

3. Denuncia ante Gendarmería

Aunque no se trate de un recurso u acción judicial, cabe mencionar esta opción puesto que se trata de una de las formas que dan comienzo al procedimiento penal. Así, el artículo 173 del CPP señala que se podrá formular denuncia ante los funcionarios de Gendarmería de Chile en los casos de los delitos cometidos dentro de los recintos penitenciarios, los que deberán hacerla llegar de inmediato al Ministerio Público. En caso de que un interno sea víctima de un supuesto delito dentro del establecimiento carcelario, tiene el derecho a formular la denuncia correspondiente para que se de comienzo a la investigación del hecho delictivo.

Sin embargo, no son frecuentes las investigaciones judiciales sobre la comisión de delitos al interior de las cárceles. En todo caso, que ello ocurra podría deberse a que son los

¹³⁷ CEA EGAÑA, José Luis, *Derecho constitucional chileno* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2004), II, p.272

¹³⁸ KENDALL CRAIG, Stephen, cit. (n.88), p.123

¹³⁹ Así, causa N°72/2016, resolución N° 57445 de Corte de Apelaciones de Puerto Montt, de 9 de septiembre de 2016; causa N° 686/2016, resolución N° 54910 de Corte de Apelaciones de Talca, de 2 de septiembre de 2016; y causa N° 87/2015, resolución N°36874 de Corte de Apelaciones de Valparaíso, de 10 de abril de 2015. Ministerio Público de la Defensa Argentina & Defensoría Penal Pública de Chile, cit. (n.21), p.206

propios internos los que no denuncian estos hechos pues estiman que tienen pocas posibilidades de ser atendidos, amén de posibles represalias si está involucrado personal de Gendarmería.

4. Críticas

La utilización de estas vías jurisdiccionales de impugnación han sido objeto de diversas críticas. En los procedimientos que se pueden desplegar ante el Juez de Garantía, el CPP no regula con claridad la competencia de esta magistratura como tribunal de ejecución, y tampoco establece procedimientos para que resuelva los incidentes que con motivo de la ejecución, planteen los intervinientes. Lo que ocurre en la práctica, es que por ejemplo, tratándose de la repetición de la imposición de una sanción disciplinaria, Gendarmería es quién remite al tribunal una copia de la resolución administrativa que impone la sanción disciplinaria al interno y la notificación de la misma, y el tribunal sólo resuelve teniéndola presente. En ese sentido, se critica que los jueces no asuman un rol activo e independiente, y que sus resoluciones siempre sean dictadas en función de lo que Gendarmería informa. Finalmente, de lo dispuesto en el artículo 370 del CPP se desprende que tratándose de materias relativas a la ejecución de las penas que le corresponda resolver a los Jueces de Garantía, no procedería el recurso de apelación, debiendo resolverlas en única instancia.

Por su parte, la utilización de las acciones de protección y amparo obedece más bien a la ausencia de procedimientos contenciosos administrativos especiales y efectivos en materia penitenciaria y a la inexistencia de procedimientos jurisdiccionales especiales para la tutela de los derechos del recluso. Sin embargo, el ejercicio de dichas acciones importa muchas veces una suerte de construcción jurídica forzosa ya que las actuaciones de la Administración Penitenciaria contra las cuales se recurre no siempre se encuadran dentro de los supuestos amparados constitucionalmente, lo que lógicamente va a incidir en las posibilidades de éxito de la acción.

Se observa por lo tanto, un déficit en la jurisdicción especializada en el derecho penitenciario chileno que se haga cargo de manera exclusiva respecto de cualquier materia que pueda abrirse durante la ejecución de la sentencia condenatoria. Es así como las personas sometidas al ámbito penitenciario se encuentran en una situación de franca desprotección de sus derechos fundamentales, en especial aquellos que, tomando en cuenta la naturaleza de la pena impuesta, no deben ser afectados.

5. Mecanismos de protección de los derechos humanos en el Sistema Interamericano

La responsabilidad primaria de la protección de los derechos humanos recae sobre las autoridades nacionales, siendo las actividades internacionales subsidiarias o complementarias a las tareas que los gobiernos nacionales deben desarrollar en este campo. Dicho esto, el artículo 33 de la CADH establece dos órganos cuya función son la promoción y protección de los derechos humanos: la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

5.1 Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Este organismo está compuesto por 7 miembros elegidos por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA) que actúan de forma independiente y que duran 4 años en su cargo. La Comisión tiene dos funciones principales:

i) Promover y defender los derechos humanos en la región. Para ello recibe, analiza e investiga denuncias de violaciones a los derechos humanos, presenta casos ante la Corte y comparece en el litigio de los mismos; solicita a los Estados que adopten medidas cautelares o que la Corte IDH decrete medidas provisionales en casos urgentes que entrañen peligro para las personas; crea conciencia en la región sobre la importancia y respeto de los derechos humanos mediante publicaciones y capacitaciones; establece relatorías para el estudio de temáticas de interés, entre otras. □

ii) Elaborar informes sobre la situación de los derechos humanos en Estados miembros de la OEA. ▣

5.2 Corte Interamericana de Derechos Humanos

Se trata de un órgano de supervisión judicial de la vigencia de los derechos humanos creado al momento de adoptarse la CADH. Está integrada por 7 jueces, elegidos por los Estados partes de la Convención, que actúan de forma independiente por un mandato de 6 años. La Corte tiene una función contenciosa, donde conocerá de aquellos casos presentados, ya sea por la Comisión o por un Estado parte en la Convención, siempre que el Estado haya ratificado la CADH y aceptado la competencia de la Corte. Además posee una función consultiva, donde se pronuncia sobre la interpretación de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los estados americanos y acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales.

V. Juez de vigilancia penitenciaria como figura ideal

Los controles externos en la fase de ejecución de la sanción penal son, sin lugar a dudas, una de las aristas fundamentales de la estructura de un sistema carcelario, porque los mecanismos de control contrapesan el actuar discrecional de las instituciones que participan de la ejecución de la pena¹⁴⁰. En esta etapa, resulta indispensable salvaguardar al mismo tiempo – manteniendo un armónico equilibrio- el adecuado cumplimiento de las sanciones penales y los derechos humanos de quienes deben purgar esas condenas. Esta salvaguardia debe quedar, según una marcada tendencia, en manos de una judicatura especial, diversa de la que solucionó el conflicto mediante la sentencia¹⁴¹.

Algunos plantean la inquietud de que este juez especial de vigilancia penitenciaria sea un ente más bien administrativo, un agente de la administración penitenciaria y no un órgano jurisdiccional, con lo que en vez de judicializar la ejecución penal, se produciría su mera administrativización, lo que tal como plantea KUNSEMULLER, sería un producto funesto¹⁴². La Administración pasaría entonces a ser juez y parte, lo que pugnaría con el principio de imparcialidad.

¹⁴⁰ *Sistema penitenciario y derechos humanos* (Santiago, s.d), p.138

¹⁴¹ KUNSEMULLER LOEBENFELDER, Carlos cit. (n.7) p.118

¹⁴² *Ibidem*

Por el contrario, la doctrina mayoritaria, a la cual adherimos, ha insistido en que el juez de ejecución debe ser un representante del Poder Judicial, diferenciando así el ámbito administrativo-penitenciario y el propiamente jurisdiccional. Esta magistratura debería significar la continuación de la función juzgadora que finalizó con la sentencia penal firme, corporizándose en un órgano que suceda al tribunal sentenciador una vez a firme el fallo condenatorio, para hacerse cargo de la ejecución de la pena impuesta y resolver los recursos y acciones referentes a las modificaciones que pueda experimentar la pena y las lesiones de derecho individuales que de ello puedan surgir, con arreglo a la ley y los reglamentos.¹⁴³ Se deben proyectar sus atribuciones y competencias frente a la órbita de actuación de la autoridad penitenciaria, cuyo desempeño ha de supervisar y corregir, en su caso¹⁴⁴.

Así surge en derecho comparado la figura del Juez de Ejecución Penal, un órgano judicial especializado, con funciones de vigilancia, decisorias, y consultivas, encargado de la ejecución de las penas y medidas de seguridad de acuerdo al principio de legalidad y del control de la actividad penitenciaria, garantizando los derechos de los internos y corrigiendo los abusos y desviaciones que puedan producirse por parte de la Administración penitenciaria¹⁴⁵. A esta magistratura corresponde asumir todas las competencias desde el momento en que la sentencia deviene firme hasta que se extingue la responsabilidad penal por su cumplimiento. En aquellos supuestos en los que la condena se prolonga tras la liberación, limitando algunos derechos del condenado, debe entenderse que igualmente es competencia del Juez de Vigilancia, porque forma parte de la condena pendiente de ejecutar, a pesar de que la misma haya mutado en la dinámica de la ejecución.

El juez a quien se le confía la vigilancia de la ejecución de la pena de encierro carcelario debe tutelar la vigencia de las garantías del interno y justipreciar el desenvolvimiento del recluso dentro de la institución total, procurando, sin injerencias arbitrarias en el ámbito propio de la dignidad personal del condenado, que el transcurso de su vida intramuros lo prepare para, le facilite o propicie su futura reincorporación a la vida en sociedad¹⁴⁶.

A su vez, debe ser imparcial, pues corresponde a una característica definitoria del rol que desempeñan quienes son llamados a ejercer la función decisoria en el proceso judicial, independiente del momento del proceso en que les corresponda actuar. Por esta razón, este cometido resulta de difícil cumplimiento para alguien que, como el juez que decidió la condena del recluso, puede tener su ánimo teñido por la manera de ser del interno que podría considerarse caracterizada por el hecho delictivo que él ha perpetrado. Exigir a un mismo magistrado que, con igual vehemencia, probidad e imparcialidad, se ocupe, primero de juzgar el hecho cometido por una persona y, luego, de agotar los medios disponibles para lograr que el enclaustramiento punitivo se traduzca en un eficaz proceso resocializador del recluso, parece una pretensión no exenta de las importantes dificultades que se desprenden del natural preconcepto que todo ser humano tiene respecto de quien ha cometido un delito.

Demandarle al juez que, para que intervenga adecuadamente en la injerencia resocializadora del interno, haga “tabla rasa” en su subjetividad con relación a una persona que él ha condenado por la comisión de un hecho delictivo implica, reclamarle una suerte de trastorno de identidad disociativo en función del cual posea dos personalidades: una para juzgar imparcialmente un hecho supuestamente delictivo y otra para procurar enérgicamente la resocialización de quien comprobadamente ha cometido la infracción; y que, incluso, tenga un

¹⁴³ *Ibidem*, p.121

¹⁴⁴ *Ibidem*, p.119

¹⁴⁵ PAZ RUBIO, José, *Legislación Penitenciaria. Concordancias, comentarios y jurisprudencia* (Madrid, Colex, 1996), p. 259

¹⁴⁶ AROCENA, Gustavo, cit. (n. 92), p.25

importante grado de pérdida de memoria respecto del impacto en su ánimo que pudiera haberle causado el injusto que debió juzgar.¹⁴⁷

Otra de las características que deben poseer, es la de contar con formación particularizada, que les provea conocimientos propios del variado abanico de saberes que resultan necesarios para comprender la especial situación anímica y espiritual en que se encuentra quien cumple una pena privativa de libertad en una institución total. Se debe exigir un perfil judicial transdisciplinar, que incluya áreas como criminología, psicología, sociología y psiquiatría.¹⁴⁸

Es importante señalar, tal como lo hace ASENCIO CANTISÁN, que para que el Juez de Vigilancia no se convierta en la cobertura formal de la actividad de la Administración sin efectividad alguna, es preciso que se forme necesariamente a los encargados de dicha función, de tal suerte que sean capaces de valorar correctamente las resoluciones que, adoptadas por la autoridad penitenciaria, son objetos de un posterior control. Si ambas condiciones se cumplen, si a la atribución al Poder Judicial del efectivo control de la ejecución penal se une una adecuada formación especializada de los encargados de ello, dotándoseles al tiempo de los necesarios medios para que la función sea realmente efectiva, se habrá dado un gran paso en la dura lucha por el respeto y la salvaguarda de los derechos fundamentales¹⁴⁹.

El juez al llevar a cabo sus funciones, debe reparar en el respeto de las garantías constitucionales en el trato otorgado al condenado, la mayor o menor observancia por parte del recluso de las normas que rigen el orden, la disciplina y la convivencia dentro de un establecimiento penitenciario, y la evolución personal del interno de la que sea deducible su mayor o menor posibilidad de adecuada reinserción social.

Brasil es el país pionero en esta materia. En los años veinte, introdujo por primera vez la figura del Juez de Ejecución, mientras que en Europa fue Italia el primer país en incorporar su *Magistratura de Sorveglianza* en los años treinta, seguido por Francia (1972), Alemania (1976), Portugal (1976), y España (1979), aunque todos otorgándole una denominación distinta.

Hasta ese momento, si bien las leyes preveían cierto control judicial sobre la ejecución de las penas privativas de libertad, control que correspondía al juez que hubiese dictado la sentencia, no podía considerarse una efectiva jurisdiccionalización de la fase ejecutiva del proceso penal. Y ello por varias razones: en primer lugar, el condenado podía ser destinado a un centro penitenciario a cientos de kilómetros de la sede del tribunal sentenciador, con lo cual se imposibilitaba la verificación del cumplimiento de las normas sobre alojamiento y tratamiento. Por otro lado, no se preveían cauces procesales para que los reclusos exigiesen la protección de sus derechos ante la jurisdicción, ni atribuciones a los jueces para que estos resolvieran. Por lo tanto, los casos en los cuales ha existido una protección de los derechos de los reclusos por parte de la jurisdicción, ha sido por la buena voluntad de los jueces más que por un imperativo legal¹⁵⁰.

En la actualidad, la Ley de Ejecución Penal (*Lei de Execução Penal* No 7.210) de 1984 regula todos los aspectos relacionados con el cumplimiento de las condenas en Brasil. Tiene

¹⁴⁷ *Ibidem*, p.26. Algunos plantean con el objeto de evitar el riesgo de que el juez de ejecución se vea influenciado en su ánimo por el hecho delictivo cometido por el recluso, que la remisión de la causa a este magistrado no contenga la sentencia condenatoria.

¹⁴⁸ SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio José, *El juez en la ejecución de las penas privativas de libertad*, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 7 (2005), p.17

¹⁴⁹ ASENCIO CANTISÁN, Heriberto, *El Juez de Vigilancia*, en *Revista de Estudios Penitenciarios* 237 (1987), p.15

¹⁵⁰ MONCLÚS, Marta, *La garantía jurisdiccional en la fase ejecutiva del proceso penal*, en HENDLER, Edmundo (comp.), *Las garantías penales y procesales, enfoque histórico-comparado* (Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004), p.158

por objeto llevar a cabo las disposiciones de la sentencia o decisión penal y brindar las condiciones para la integración social armónica del declarado culpable y privado de libertad.

El principal rol del Juez de Ejecución consiste en velar por el cumplimiento de la ley de ejecución penal, lo que implica actuar decisivamente en el control y fiscalización de todo el proceso de resocialización a la que está sometido el condenado, analizando su comportamiento y sobre la base de ese análisis, establecer el momento adecuado para que vuelva a la comunidad. Según se observa, las atribuciones del Juez de Ejecución en Brasil se corresponden con la mayor parte de los aspectos que se suscitan durante el cumplimiento de la pena, como las decisiones sobre libertad condicional y permisos de salida de los internos.

Sobre el particular, MAPELLI ha señalado que en este terreno los brasileros han tenido el gusto de ser pioneros además de crear la propia figura del Juez de Vigilancia Penitenciario, en ampliar sus competencias, quizás porque en su ordenamiento jurídico la idea del control judicial ya esté más asimilada. Lo cierto es que el ordenamiento jurídico brasilero permite a los Jueces de Vigilancia Penitenciaria una serie de actividades que hoy por hoy no están conquistadas todavía en la mayoría de los países; actividades relacionadas con el control de los programas terapéuticos resocializadores en relación con los condenados¹⁵¹.

Por otro lado tenemos Italia, país que en el año 1930 consagra la figura del *Indice di Sorveglianza*, correspondiendo a un mecanismo de vigilancia penitenciaria, cuyas funciones se atribuyen a dos órganos distintos:

i) *Magistrato di sorveglianza*, juez encargado de vigilar que la ejecución de la custodia del imputado sea adecuada conforme al principio de legalidad, y de organizar los institutos de prevención y resocialización de los reclusos.

ii) *Tribunales de sorveglianza*, compuesto por todos los magistrados de vigilancia en ejercicio de la circunscripción territorial y de expertos en ciencias criminalísticas. Sus funciones se avocan a la ejecución penal en sí, pues, a modo de ejemplo, es el órgano encargado de conceder y revocar en su caso, las medidas alternativas a la pena privativa de libertad. También actúa como tribunal de segunda instancia, al conocer de las apelaciones a las decisiones adoptadas por el *Magistrato di sorveglianza*, en materias de prórroga del régimen de vigilancia, permisos, comportamiento negativo, entre otras.

Más adelante, en el año 1958 Francia introduce también a su ordenamiento jurídico un órgano específico de la ejecución penal, independiente del tribunal sentenciador: el Juez de Aplicación de Penas. Su competencia se extiende tanto a incidencias surgidas durante la aplicación de las penas privativas de libertad, como a controles fuera del ámbito carcelario, a modo de ejemplo, se encarga de la situación de los liberados condicionales, de la asistencia postpenitenciaria y el cumplimiento de penas restrictivas de libertad. Por otro lado, también determina para cada condenado, según lo establecido por la ley, las principales modalidades del tratamiento penitenciario y sobre el tipo de centro para el cumplimiento.

Otro país que cuenta con un sistema de control jurisdiccional directo de los actos administrativos penitenciarios es Portugal, por medio de los Tribunales de Ejecución, cuya base competencial territorial se dirime en razón del centro de cumplimiento de la prisión. Entre sus principales funciones se encuentra la decisión de sustitución de la pena por la libertad vigilada, conceder y revocar la libertad condicional, atender los reclamos de los internos, resolver los recursos interpuestos de naturaleza disciplinaria, entre otras. Además, cuentan con la importante función de visitar los centros penitenciarios para inspeccionar si el establecimiento, su régimen y tratamiento hacia los reclusos se ajusta a la legalidad.

¹⁵¹ HURTADO, María Teresa, WELSCH, Gherman & MORALES, Ana María, cit. (n.89), p.29

En España, el principio de legalidad y jurisdiccionalidad de la ejecución penal están reconocidos a nivel constitucional. El artículo 25.2 de la Constitución española (CE) señala que: “el condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria”. Tal como señala RIVERA BEIRAS, la tutela efectiva de tales derechos fundamentales supone, en consecuencia, que los reclusos puedan dirigirse a los órganos jurisdiccionales en demanda de esa protección. En consecuencia, puede ya hablarse de un derecho a la jurisdicción del cual es titular, también, la población reclusa en la fase ejecutiva del proceso penal.¹⁵²

El artículo 117.3 de la CE dispone que el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los juzgados y tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan. De estos enunciados constitucionales se deriva la exigencia de la actuación de la jurisdicción durante la ejecución de las penas privativas de libertad.

A su vez, dicha exigencia está reconocida en el artículo 3.2 del Código Penal español, que indica que tampoco podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la ley y reglamentos que la desarrollan, ni contra otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto. La ejecución de la pena o de la medida de seguridad se realizará bajo el control de los jueces y tribunales competentes.

En este contexto se promulga la Ley Orgánica 1/1979, dando contenido a la garantía de ejecución del principio de legalidad, regulando las características de la ejecución de las penas privativas de libertad. También da efectividad a la garantía de jurisdiccionalidad de la ejecución penal, mediante la creación de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria, encargados del control judicial sobre el cumplimiento y ejecución de la pena privativa de libertad.

Estos Jueces de Vigilancia tienen atribuciones para hacer cumplir la pena impuesta, resolver los recursos referentes a las modificaciones que pueda experimentar con arreglo a lo prescrito en las leyes y reglamentos, salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse.¹⁵³ Por otro lado, conocen de recursos de alzada y de queja, o de solicitudes contra los actos de la administración penitenciaria.

Sin embargo, el artículo 78 de la Ley Orgánica 1/1979 señala que en lo que respecta a las cuestiones orgánicas referentes a los Jueces de Vigilancia y a los procedimientos de su actuación, se estará a lo dispuesto en las leyes correspondientes. Sin embargo, aun no se dictan tales leyes, lo que implica que sigue sin existir un derecho procesal de la ejecución penal.

Por tanto, no basta solo con el reconocimiento de una figura jurisdiccional competente durante la etapa de ejecución penal, sino que debe también establecerse las reglas procedimentales de su actuación. De otra forma, se sigue dejando incompleto el principio de jurisdiccionalidad, pues no se podrá aplicar en el plano fáctico si no se indica cómo. De este modo, es necesaria una ley procesal penitenciaria que establezca claramente el procedimiento ante los Jueces de Vigilancia, y las garantías procesales de los presos, entre las que se incluya el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

¹⁵² *Ibidem*, p.162

¹⁵³ 76.1 LOGP.- El Juez de Vigilancia tendrá atribuciones para hacer cumplir la pena impuesta, resolver los recursos referentes a las modificaciones que pueda experimentar con arreglo a lo prescrito en las Leyes y reglamentos, salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse.

Es importante tener en cuenta, que en el caso de los países europeos, si se estima que ha habido violación de los derechos fundamentales reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, puede recurrirse antes el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En Sudamérica, cabe mencionar el caso de Argentina, país que posee un Juez de Ejecución cuyas funciones pueden enumerarse en:

- i) función de tutela, consistente en salvaguardar los derechos de los internos, además de pronunciarse sobre las peticiones o quejas que ellos le formulen en relación con el régimen y tratamiento penitenciario, en el caso de que se vean afectado sus derechos fundamentales;
- ii) función decisoria, en cuestiones relativas a las modalidades de ejecución de la pena;
- iii) función de control, relacionada con ciertas autorizaciones que debe otorgar a la administración penitenciaria;
- iv) funciones de mero conocimiento, y
- v) funciones de conocimiento indirecto.

Sin embargo, debido al sistema federal de gobierno de Argentina, estas funciones pueden ser realizadas por distintos órganos, ya que existen algunos sistemas procesales que desconocen la figura del juez de ejecución, por ende, será el tribunal sentenciador quien las tendrá a su carga en esos casos.

A diferencia de España, Argentina regula en su Código Procesal Penal un trámite sencillo para la realización de los incidentes de ejecución. El incidente puede ser planteado por el mismo Ministerio Público, por la persona interesada o su defensor. Una vez promovido el incidente, se corre vista a la parte contraria a fin de garantizar el contradictorio y el juez debe resolver en un plazo de 5 días. La resolución del incidente dictada por el Juez de Ejecución es susceptible de impugnación a través del recurso de casación.

De este modo, con la introducción en las legislaciones nacionales de tales órganos jurisdiccionales específicos, podemos afirmar que se produce la efectiva jurisdiccionalización de la ejecución de la pena privativa de libertad¹⁵⁴. No ha sido tarea fácil la de definir el perfil de este Juez de Ejecución Penal y precisar sus atribuciones, implica un arduo trabajo legislativo y voluntad política¹⁵⁵. Estas razones, sumadas a una carencia de políticas públicas en términos de reinserción, dejan entre ver por qué en Chile aun no se desarrolla e implementa una figura similar, aun cuando su necesidad es imperante. Tal como señala TAMAYO, en nuestro país se produce un círculo vicioso, en el que la ciudadanía sólo opera con el miedo y la necesidad extrema de seguridad, pero no logra entender que en las cárceles hay seres humanos que tienen los mismo derechos que uno, y que necesitan de políticas públicas que regulen su situación de vulnerabilidad¹⁵⁶.

No obstante, el año 2006 se comenzó a trabajar en un proyecto de ley destinado a crear la figura del Juez de Ejecución Penal en Chile, creando un modelo mixto en donde interviene un Juez de Ejecución propiamente tal y la Administración penitenciaria. Así, el órgano jurisdiccional encargado del control de la etapa de ejecución de sanciones penales se emparentaría con la jurisdicción contenciosa administrativa. Con ello se despejaría la separación entre el Juez de Ejecución y el Juez de Garantía. Según este proyecto, el Juez de Ejecución de penas tendría competencia para conocer y resolver los siguientes asuntos¹⁵⁷:

¹⁵⁴ MONCLÚS, Marta, *La garantía jurisdiccional en la fase ejecutiva del proceso penal*, en HENDLER, Edmundo (comp.), cit. (n.140), p.158

¹⁵⁵ KUNSEMULLER LOEBENFELDER, Carlos cit. (n.7) p.118

¹⁵⁶ Tamayo, Tania, Incendio en la torre 5, 2016, p.1 [visible en internet: http://www.udp.cl/noticias/detalle_noticia.asp?noticiaId=28123]

¹⁵⁷ *Sistema penitenciario y derechos humanos*, cit. (n.129), p.141

i) cualquier acto que afecte las garantías y derechos del condenado, preso o sujeto a medida de seguridad por parte de los organismos del Estado encargados de su ejecución o de los terceros que intervengan en ella, tales como los que surjan del régimen disciplinario, los traslados, entre otros;

ii) las modalidades de la ejecución de las penas; tales como el tratamiento penitenciario; los permisos de salida; condonación de multas; arresto sustitutorio; entre otros;

iii) la revisión de las decisiones relativas a las medidas alternativas a la pena privativa de libertad;

iv) la modificación de la ejecución de la pena impuesta, especialmente las decisiones relativas a la libertad condicional y a la rebaja de condena;

v) La ejecución de las medidas de seguridad y de su cesación, y;

vi) La ejecución de las medidas cautelares personales contempladas en el Código Procesal Penal y de cualquier otro apremio.

Como se puede apreciar, el juez debe tener competencia para resolver los conflictos relacionados a los derechos del condenado como velar por la eficacia de la pena y de las medidas alternativas, mediante un proceso expedito. En efecto, lo delicado de estas materias al conllevar violaciones o restricciones de derechos fundamentales, sumados a la posición de inferioridad de los reclusos frente al Estado, hace menester que los conflictos se resuelvan lo antes posibles para evitar daños y perturbaciones mayores en los respectivos derechos.

CONCLUSIONES

i) El Derecho penal ejecutivo tiene como objeto regular la etapa de ejecución de las penas que imponen los tribunales a través de una sentencia condenatoria, previo proceso legalmente tramitado. En este contexto se sitúa el Derecho penitenciario, consistente en un conjunto de normas que regulan la ejecución de las penas y medidas privativas de libertad. A pesar de ser parte integrante del derecho penal, goza de una autonomía relativa, en función de la materia que regula y las normas que lo rigen.

ii) El Derecho penitenciario cuenta con sus propios principios inspiradores en base a los que debe desarrollar su actividad. En primer lugar destaca el principio de legalidad, como garantía de ejecución, según el cual la pena impuesta debe ejecutarse con arreglo a las leyes vigentes. Sin embargo, en Chile los derechos de los internos, así como los presupuestos para restringirlos, se encuentran regulados en su gran mayoría en reglamentos y normativas infralegales, emanadas de la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo. A modo de ejemplo, las sanciones disciplinarias que puede imponer Gendarmería, que implican restricción o privación de derechos, se encuentran establecidas en el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios.

iii) En cuanto al principio de resocialización, tampoco se puede afirmar que se cumpla cabalmente en nuestro país. Éste prevé como finalidad de la ejecución penal, lograr la reinserción social del condenado. El Estado debe promover la orientación vocacional y el desarrollo de proyectos de capacitación técnico profesional, para fomentar la participación y la cooperación de la sociedad. Esta función queda entregada a Gendarmería de Chile, según lo señala el artículo 1° de su Ley Orgánica Constitucional. Sin embargo, este órgano no está capacitado para asumir dicha tarea, pues no cuenta con los medios ni tampoco con la especialización de su personal. Es necesario crear un nuevo órgano especializado con la dedicación exclusiva de llevar adelante la reinserción social de los reclusos, compuestos por personas profesionales expertas en el área. De esta forma, Gendarmería se dedicaría netamente a la seguridad de los recintos penitenciarios.

iv) También forma parte del conjunto de principios que rige el derecho penitenciario, la presunción de inocencia, pues como señalamos anteriormente, este derecho regula las medidas privativas de libertad, entre las que encontramos a modo de ejemplo, la prisión preventiva. También rige respecto a los condenados, en virtud de nuevos hechos delictivos que puedan tener lugar en el recinto penitenciario.

v) El principio de proporcionalidad se aplica a todo ejercicio de la potestad sancionadora del Estado, pues persigue mantener el adecuado equilibrio entre la gravedad del hecho que motiva la reacción punitiva y la intensidad de la sanción que le corresponde. En primer término, es relevante para determinar la forma y circunstancias del cumplimiento de las penas. Así, no se cumple con este principio cuando la persona es condenada a una pena privativa de libertad, pero a su vez, en los hechos, es privada de otros derechos fundamentales sin una ley o resolución judicial que lo ampare. En ese sentido, se debe propender a que dicha sanción contemple solo la restricción necesaria y básica de la libertad, en términos que cada persona pueda continuar desarrollándose como tal, pudiendo, en consecuencia, ejercer los demás derechos que como ser humano le corresponden, por ejemplo: informarse, opinar, y reintegrarse al grupo del cual ha sido segregado¹⁵⁸. Por otro lado, cobra especial importancia al momento de resolver las situaciones que se pueden plantear a propósito del cumplimiento de la pena privativa de libertad, tales como las medidas disciplinarias que la administración puede

¹⁵⁸ARTAZA, Osvaldo & PALACIOS, Marcela, cit. (n. 43), p.13

imponer a los internos. En este ámbito, el principio de proporcionalidad tampoco se respeta. El REP es la normativa que contiene tales sanciones, diferenciando si la falta cometida por el interno es grave, menos grave o leve. Sin embargo, no distingue entre grados de ejecución de la conducta ni de los distintos tipos de participación, por lo que independiente de ellos, siempre tendrán el mismo castigo. Por otro lado, equipara conductas al asignarles la misma sanción, cuando estas son notoriamente de desigual gravedad, a modo de ejemplo, dar muerte a alguien es considerado una falta igualmente grave que introducir una máquina fotográfica y utilizarla dentro del recinto penitenciario.

vi) En virtud del principio de humanidad de las penas, se prohíben aquellas sanciones que por su contenido o condiciones de ejecución violenten la dignidad del ser humano. En ese sentido, se debe tratar a los reclusos como personas, respetando su dignidad, y prohibiendo cualquier tipo de malos tratos de palabra u obra. No solamente involucra la ejecución de la pena privativa de libertad, sino que también el lugar donde ha de cumplirse dicha condena. Deben ser centros con ambientes adecuados, donde los reclusos puedan llevar una vida digna. Chile claramente no cumple con este principio, pues existen graves problemas de infraestructura carcelaria, donde los niveles de hacinamiento en las cárceles han llegado a un punto que el número de internos excede con creces la capacidad con que fue creado dicho establecimiento. Esto conlleva deplorables condiciones de higiene y ornato, idóneas para la propagación de enfermedades. El respeto a los derechos fundamentales de las personas en situación de cárcel y el trato digno y humanitario se satisfacen otorgando las herramientas y las oportunidades para reinsertarse en la sociedad y sentirse parte de una comunidad.

vii) El principio de jurisdiccionalización exige que un juez controle la legitimidad de la ejecución penal y resuelva los eventuales reclamos que el penado pueda formular, así como decretar eventuales modificaciones en relación a la forma de cumplimiento de la sentencia que puedan ser necesarias en atención a los fines perseguidos por la pena. Además, debe analizar y determinar en qué consiste el margen de restricción de los derechos fundamentales, pues de otro modo, se corre el peligro que debido a la práctica de la Administración penitenciaria y la preponderancia dada a la seguridad y al orden mediante el régimen disciplinario, los principios de derecho fundamental pierdan todo su contenido garantista.

viii) En virtud de lo ya expuesto, podemos sostener que en Chile aún subsiste una sujeción especial del recluso al Estado, pues esta relación formalizada a través de la pena, sigue fundamentando un debilitamiento de los derechos de las personas condenadas y de los sistemas institucionalmente previstos para su garantía. La privación de libertad genera una dependencia absoluta de la persona a las decisiones de la autoridad estatal, lo que implica que el ciudadano privado de libertad es incluido dentro del ámbito de la Administración. Esto es de extrema gravedad, pues la Administración penitenciaria dentro de su amplio espectro de discrecionalidad puede ejercer la potestad disciplinaria esgrimiendo tan solo una relación de supremacía, ni siquiera amparada en la ley, si no que solo en una norma reglamentaria, vulnerando así el principio de legalidad, los derechos fundamentales de los reclusos, y su protección. El artículo 75 del REP abre la puerta a esta discrecionalidad, señalando que los derechos de los internos pueden ser restringidos como consecuencia de alteraciones en el orden y la convivencia del establecimiento penitenciario o de actos de indisciplina o faltas, mediante las sanciones que establece el mismo reglamento. Queda en manos del mismo órgano, Gendarmería, interpretar cuando se producen tales alteraciones, qué derechos restringir, y cómo. Todo esto a su absoluta discrecionalidad, lo que rechazamos tajantemente, y constituye una de las razones por las que es necesario la instauración de un órgano de control de naturaleza jurisdiccional sobre los actos de la administración penitenciaria.

ix) El Estado debe asumir una posición de garante de los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad, no solo a través de la abstención de realizar actos que puedan infligir lesiones a la integridad del interno, sino que, también debe procurar que mantenga el goce de sus derechos fundamentales. Este rol le corresponde a todos los poderes del Estado, el Legislativo, encargado de legislar en esta materia en pos de la protección de los reclusos, las entidades administrativas que ejercen sus funciones directamente en las cárceles, y el Poder Judicial, que de alguna forma, podríamos sostener que controla la ejecución de la pena privativa de libertad. A pesar de que estos deberes del Estado se encuentran reconocidos en nuestra legislación, la enorme dispersión de normas, la ausencia de un ente encargado de forma específica de velar por el respeto de aquellos derechos, el que ciertas disposiciones se encuentren previstas únicamente a nivel reglamentario y no legal, dificultan su buen ejercicio.

x) En cuanto los derechos del recluso, existe una gran diferencia entre los derechos que se le otorgan en virtud de tratados internacionales ratificados y vigentes en Chile, con la realidad existente en el país. En efecto, los instrumentos internacionales consagran una serie de derechos para las personas privadas de libertad que Chile no garantiza. No basta con suscribir compromisos internacionales, es necesario adoptar los mecanismos y organizar el aparato gubernamental para llevarlos a la práctica. De nada sirve que se encuentren establecidos en el papel, si en el plano fáctico su vulneración es pan de cada día. A modo de ejemplo, el derecho a un recurso jurisdiccional efectivo, contemplado en el artículo 25 de la CADH. Si bien el REP establece en su artículo 58 el derecho a efectuar peticiones y quejas, no se contemplan los mecanismos ni acciones específicas para llevarla a cabo, así como tampoco una judicatura especializada competente.

xi) Si bien se contempla un recurso de petición o queja ante la misma autoridad administrativa, no es suficiente para resguardar los derechos de los reclusos ni resolver los conflictos que se den durante la ejecución penitenciaria. No se cumple con el principio acusatorio, en virtud del cual las funciones de acusar y juzgar se encuentran radicadas en órganos distintos. Las partes se deben encontrar en igualdad de medios de ataque y de defensa, e idénticas posibilidades de alegación, prueba e impugnación para satisfacer las exigencias del debido proceso. Tampoco se respeta la garantía establecida en el artículo 19 N°3 inciso 4° de la CPR, que garantiza a todas las personas el derecho al juez natural, esto es, a no ser juzgado por comisiones especiales. Aquello supone, entre otros requisitos, que deben ser creados por ley, presupuesto que emana del principio de legalidad. Siendo así, no podría imponerse una sanción, entendida como cualquier medida que restrinja o limite un derecho, sin que aquella haya sido declarada por un tribunal creado por ley. Sin embargo, el artículo 82 del REP establece que las sanciones serán aplicadas por el Jefe del Establecimiento.

xii) Al no existir en Chile una jurisdicción especializada en materia penitenciaria, ni tampoco recursos y acciones especiales, los defensores penales utilizan los recursos ordinarios contemplados en nuestro ordenamiento jurídico para salvaguardar los derechos de los internos y llevar a sede judicial el conocimiento de asuntos penitenciarios. Por su parte, si bien también los internos pueden recurrir a través del régimen general mediante las acciones de protección y amparo, las investigaciones centradas en el análisis de jurisprudencia de estos recursos en el ámbito penitenciario, han demostrado que estas acciones no son eficaces como mecanismos de tutela de los derechos de los reclusos, toda vez que la mayor parte de ellos son rechazados.

xiii) Por otra parte, nuestro CPP establece un control jurisdiccional de la ejecución de las penas, encomendado al juez de garantía, control que podría ser conceptualizado como “impropio o indirecto”, si se considera que la mayoría de las sentencias condenatorias provienen precisamente de dichos órganos jurisdiccionales. Sin embargo, en general el CPP no regula con claridad la competencia del Juez de Garantía como tribunal de ejecución, y tampoco

establece procedimientos para que éste resuelva los incidentes que con motivo de la ejecución, planteen los intervinientes, cuestión que debilita la intervención de dichos entes jurisdiccionales.

xiv) En ese sentido, esta dentro de la competencia del Juez de Garantía, el hacer ejecutar las condenas criminales y las medidas de seguridad y resolver las solicitudes y reclamos relativos a dicha ejecución. Este juez tiene entonces, aunque sea parcialmente, el carácter de un Juez de Ejecución Penitenciaria, a pesar de ser en algunos procedimientos, el mismo juez que intervino en ellos. Sin embargo, estas funciones deberían estar a cargo de órganos claramente diferenciados, titulares de competencias perfectamente delimitadas, vinculadas a distintos momentos de imperio. A este respecto, se ha dicho que desde el momento en que el Juez de Garantía debe hacer ejecutar las condenas criminales y las medidas de seguridad y resolver las solicitudes y reclamos relativos a dicha ejecución, adopta una competencia que naturalmente no le corresponde, pues es de toda lógica que tales cuestiones queden entregadas a un juez o tribunal distinto de los señalados, esto es, a un Juez de Ejecución Penal.

xv) Aunque nadie puede asegurar que las resoluciones adoptadas por los tribunales sean acertadas, sobretodo en materia de derechos fundamentales, estas deben ser fundadas racionalmente, y además, de acuerdo a los principios que inspiran el debido proceso, harán público lo que acontece dentro de los establecimientos penitenciarios, lo que representa el principal temor de la Administración penitenciaria. Por lo tanto, constituye una herramienta idónea para canalizar las solicitudes y reclamos de los internos en la fase de la ejecución penal.

xvi) Para jurisdiccionalizar la etapa de ejecución penal en Chile, no se requiere solo de la introducción de un juez de control, sino que debe comprender una reforma integral de toda la fase de ejecución penal, que, como tantas veces se ha dicho, pone a prueba todos los segmentos precedentes. Es una asignatura pendiente en nuestro país, que deberíamos tratar de aprobar en el más breve plazo, a fin de estar en plena consonancia no solo con las tendencias jurídicas imperantes, sino que también con las exigencias de una renovación global y coherente de nuestro sistema penal¹⁵⁹. Es substancial que una sola ley regule la ejecución de las penas privativas de libertad y que reúna todos los preceptos constitucionales, instrumentos internacionales y leyes vigentes en Chile acerca del debido respeto de los derechos de quienes se encuentran privados de libertad.

xvii) Finalmente, podemos concluir que falta voluntad política para llevar adelante estos cambios. Lamentablemente, tal desinterés en regular la etapa de ejecución penitenciaria parece sostenerse en el tiempo, pues la sociedad sigue asimilando como prácticas comunes las precarias condiciones en las que se encuentran los reos. Mientras no se reforme sustancialmente la estructura carcelaria, implementando un modelo de control de la actividad penitenciaria con el objeto de velar por el fiel respeto de los derechos fundamentales de los internos, se seguirán vulnerando sistemáticamente sus garantías.

¹⁵⁹ KUNSEMULLER LOEBENFELDER, Carlos cit. (n.7) p.123

BIBLIOGRAFÍA

ARIAS, Patricia, *El producto final del sistema de justicia criminal esta dado por los resultados de la política penitenciaria*, en *Revista Derecho Penitenciario* 2 (2012).

AROCENA, Gustavo, *Derecho penitenciario. Discusiones Actuales* (Córdoba, Alveroni Ediciones, 2011).

AROCENA, Gustavo, *Vigilando el castigo: indagaciones sobre el control judicial de la ejecución de la pena privativa de la libertad* (Buenos Aires, Editorial B de F, 2014).

ARTAZA, Osvaldo & PALACIOS, Marcela, *De las libertades en el régimen penitenciario* (Santiago, Editorial Jurídica Congreso Ltda., 2006).

ASENCIO CANTISÁN, Heriberto, *El Juez de Vigilancia*, en *Revista de Estudios Penitenciarios* 237 (1987).

BACH I ESTANY, Joseph María, *El control judicial de la ejecución de penas en nuestro entorno cultural. Cárcel y Derechos Humanos. Un enfoque relativo a la defensa de los derechos fundamentales de los reclusos* (Barcelona, J.M. Bosch Editor, 1992).

BECCARIA, *Tratado de los delitos y las penas* (1764), traducción por DE LAS CASAS, Juan Antonio (Madrid, Editorial Tecnos, 2008).

BERNARDO DE QUIROS, Constancio, *Lecciones de Derecho Penitenciario* (México, Imprenta Universitaria, 1953).

BLANCO, Carlos, *Tratado de política criminal* (Barcelona, J.M. Bosch Editor, 2007), I: Fundamentos científicos y metodológicos de la lucha contra el delito.

CARNEVALI, Raúl, & MALDONADO, Francisco. *El tratamiento penitenciario en Chile. Especial atención a problemas de constitucionalidad*, en *Ius et Praxis* 19(2) (2013).

CEA EGAÑA, José Luis, *Derecho constitucional chileno* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2004), II.

CESANO, José Daniel, *Derecho penitenciario: aproximación a sus fundamentos* (Córdoba, Alveroni Ediciones, 2007).

CESANO, José, *Estudios de derecho penitenciario* (Buenos Aires, Ediar, 2003).

CHANG KCOMT, Romy, *Función constitucional asignada a la pena: bases para un plan de política criminal*, en *Derecho PUCP* 76 (2016).

CUELLO CALÓN, Eugenio, *La moderna penología* (Barcelona, Editorial Bosch, 1958).

CURY, *Derecho Penal. Parte General* (8ª edición, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005).

- ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal. Parte General* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1999), I y II.
- FERRADA, Juan Carlos, *Los procesos administrativos en el Derecho chileno*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 36 (2011).
- FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar* (Buenos Aires, Editorial Siglo XXI, 2002)
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción al Derecho Penal* (Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006).
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *La Prisión* (México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1975).
- GARCÍA VALDÉS, Carlos, *Diccionario de Ciencias Penales* (Madrid, Edisofer, 1999).
- GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, s.d), II.
- GIOSTRA, Glauco, *Il procedimento di sorveglianza nel sistema processuale penale: dalle misure alternative alle sanzioni sostitutive* (Milano, Giuffrè Editore, 1983).
- HORVITZ, María Inés & LÓPEZ, Julián, *Derecho Procesal Penal Chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005),II.
- HURTADO, María Teresa, WELSCH, Gherman & MORALES, Ana María, *Estudio comparado sobre Tribunales de Ejecución de Penas* (Santiago, Mertz Kaiser, 2015).
- KENDALL CRAIG, Stephen, *Tutela judicial efectiva en la relación jurídica penitenciaria* (Santiago de Chile, Librotecnia 2010).
- KUNSEMULLER LOEBENFELDER, Carlos, *La judicialización de la ejecución penal*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* XXVI (2005).
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Instituciones de Derecho Procesal Penal* (Madrid, Akal, 1999).
- MAPELLI, Borja, *Las consecuencias jurídicas del delito* (Madrid, Editorial Civitas, 1996).
- MENDOZA BREMAUNTZ, Silva, *El juez de ejecución penal o vigilancia penitenciaria. Una figura nueva en el sistema jurídico mexicano*, en *Revista Criminogenesis* 13 (2016).
- MINISTERIO PÚBLICO DE LA DEFENSA ARGENTINA & DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA DE CHILE, *Ejecución de la pena privativa de libertad: una mirada comparada*, documento de trabajo n°17 (Madrid, programa EUROsociAL, 2014).
- MONCLÚS, Marta, *La garantía jurisdiccional en la fase ejecutiva del proceso penal*, en HENDLER, Edmundo (comp.), *Las garantías penales y procesales, enfoque histórico-comparado* (Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004).
- MONTILLA, Hilda, *Evolución de la pena privativa de libertad y la historia de las cárceles* [visible en: <http://es.scribd.com/doc/226566957/Evolucion-de-La-Pena-Privativa-de-Libertad-y-La-Historia-de-Las-Carceles#scribd>].

- MURILLO RODRÍGUEZ, Roy, *Sobre la judicialización de la pena: garantía ejecutiva, control jurisdiccional y Estado de Derecho*, en *Revista El Cotidiano* 180 (2013).
- PAZ RUBIO, José, *Legislación Penitenciaria. Concordancias, comentarios y jurisprudencia* (Madrid, Colex, 1996).
- PEÑA LABRÍN, Daniel, *Criminología: curso de postgrado* (Barcelona, Editorial vLex, 2013).
- PICCA, Georges, *Derechos humanos y sistema penal en Euzkialore, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología de San Sebastián*, número extraordinario 12 (1998).
- PLAWSKI, Stanislaw, *Droit pénitentiaire* (Lille, Université de Lille, 1977).
- POLITOFF, Sergio, *Derecho Penal* (Santiago, Editorial Jurídica Conosur, 2001), I.
- PRADEL, Jean, *Approche comparée du Droit pénitentiaire*, en *Revue de Pénitentiarie e de Droit Pénal* 1 (2005).
- RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro, *La acción constitucional de protección en el ordenamiento jurídico chileno*, en *Revista de estudios constitucionales* 2 (2006).
- RIVERA BEIRAS, Iñaki, *La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos* (Barcelona, J.M. Bosch Editor, 1997).
- RIVERA BEIRAS, Iñaki & SALT, Marcos Gabriel, *Los derechos fundamentales de los reclusos* (Buenos Aires, Editores del Puerto, 1999).
- RODRIGUEZ, Luis, RIVERA, Juan Francisco & MAYER, Laura, *Material de clases Derecho penal I* (Valparaíso, PUCV, 2014).
- ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general* (Madrid, Editorial Civitas, 1997).
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús M., *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo* (Barcelona, Editorial J.M. Bosch, 1992).
- STIPPEL, Jorg, *Las cárceles y la búsqueda de una política criminal para Chile*, (Santiago, LOM Ediciones, 2006).
- SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio José, *El juez en la ejecución de las penas privativas de libertad*, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 7 (2005).
- TAMAYO, Tania, *Incendio en la torre 5, 2016, p.1* [visible en internet: http://www.udp.cl/noticias/detalle_noticia.asp?noticiaId=28123].
- TÉLLEZ AGUILERA, *Novelli y su tiempo. Una aproximación a los orígenes y al concepto del Derecho penitenciario*, en *Revista de Estudios Penitenciarios* 255 (2011).
- VELÁSQUEZ, *Derecho Penal. Parte General* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009).
- VILLANUEVA TURNES, Alejandro, *La presunción de inocencia. Una aproximación actual al derecho*, en *Revista Catalana de Derecho Público* 52 (2016).