



¿Cuál es la naturaleza jurídica de las normas que regulan la relación entre el Estado y el preso en Chile?

Tesina de la carrera de Derecho y Cs. Sociales

Autora: Patricia Lazo Orrego

Profesor guía: Eduardo Morales Espinosa

Noviembre 2014



ÍNDICE

PRESENTACIÓN

PRIMER CAPÍTULO: Teorías sobre la naturaleza jurídica de las normas que regulan la relación carcelaria.

- I. Introducción al capítulo.
- II. Las teorías sobre la naturaleza jurídica de las normas que regulan la relación carcelaria.
 1. Relación de Derecho público como teoría general.
 2. ¿Qué clase de relación de Derecho público?
 1. Teoría procesalista o jurisdiccional.
 2. Teoría sustantiva o penalista.
 3. Teoría material o administrativa.
 4. Teoría mixta.
 5. La autonomía de la ejecución penal y las teorías *sui generis*.
- III. Conclusiones del capítulo.

SEGUNDO CAPÍTULO: Una perspectiva desde los sujetos que conforman la relación carcelaria.

- I. Introducción al capítulo.
- II. Regulación jurídica del preso:
 1. El preso como sujeto de derechos versus infractor de la legalidad.
 2. Derechos del preso:
 1. Derechos y obligaciones reconocidos en tratados internacionales de carácter general.
 2. Derechos y obligaciones que emanan de tratados específicos respecto de las personas privadas de libertad.
 3. Derechos y obligaciones reconocidos por la legislación chilena.
 4. Deberes del preso:
- III. El Estado en la relación carcelaria:
 1. El Estado como ente abstracto a nivel nacional e internacional.
 2. El Estado a través de sus órganos e instituciones en la etapa de ejecución penal.
 - i. Órganos jurisdiccionales:
 - ii. Órganos administrativos
- IV. Breves conclusiones del capítulo.

CONCLUSIONES FINALES

BIBIOGRAFÍA.



PRESENTACIÓN

La situación de las cárceles en Chile y el mundo es un tema altamente controvertido para la opinión pública y el Derecho, no obstante parece estar abandonado por quienes se dedican a ella desde la academia. Existen grandes tratados que analizan la ejecución penal desde su teoría¹, los que han sobrevivido al paso del tiempo y las distancias, sin embargo, los estudios que contrastan esa teoría con la realidad carcelaria son particulares y escasos en mi país.

Luego, no obstante el Derecho procesal penal ha sufrido grandes modificaciones a partir de la reforma al Código de Procedimiento penal, que se implementó de forma progresiva desde el 2000, lo cierto es que la deuda en materia carcelaria permanece y permanecerá en tanto no se suplan las críticas en cuanto a la falta de una Ley de Ejecución Penal que regule la materia, de Tribunales especializados en el área, pero fundamentalmente, en cuanto no se reconozcan derechos a quienes, en cumplimiento de una pena, parecen dejar de ser personas para la sociedad, la opinión pública y, muchas veces, la Ley.

Este trabajo se estructura en base a dos grandes miradas: primero, un estudio general de las distintas teorías sobre la naturaleza de las normas que regulan el Derecho carcelario, -a saber, la teoría procesalista, penalista, administrativa, mixta y *sui generis*-, y correlativamente, la visión de relación de derechos y obligaciones o de sujeción que pueda surgir entre el Estado y el preso; contrastándolo con la situación chilena y considerando diversos pronunciamientos judiciales que puedan vincularse, sean estos nacionales o internacionales, así como los tratados internacionales en la materia.

Una segunda mirada será la que se plantea en la segunda parte del trabajo, desde la que se busca estudiar los órganos más importantes que intervienen en la ejecución de las penas privativas de libertad, sus competencias, sus limitaciones, y su regulación general, tratando de descubrir qué teoría, de las antes planteadas, es la que prima en Chile y si, de acuerdo a lo ya sostenido, se condice o no con los estándares ya trazados. Adelantemos, para una mejor comprensión, que el órgano que tiene más facultades en la etapa de ejecución penal es

¹ Véase, por ejemplo, Cuello Calón, *La moderna penología*, tomo I, Casa editorial Bosch, Barcelona, 1958.



Gendarmería de Chile como órgano administrativo, aun cuando del estudio de la teoría se desprende que el Derecho administrativo no satisface las necesidades que un Estado de Derecho exige para la aplicación de su poder punitivo como sí lo hace el Derecho penal en conjunto con los Tribunales de Justicia.

AGRADECIMIENTOS

A todo quien ha contribuido de forma académica o personal en mi desarrollo, permitiendo que pueda dedicarme a este trabajo.



Primer Capítulo:

**TEORÍAS SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS NORMAS QUE
REGULAN LA RELACIÓN CARCELARIA**

“Vagó en el patio seis semanas
con su vestido de gris viejo;
en la cabeza el ros de cricket
y el paso alegre y sin tropiezo,
mas nunca ví que alguien mirase
la luz del sol con tanto anhelo”.

Oscar Wilde²

I. Introducción al capítulo.

El Derecho que regula la ejecución de la sanción penal ha tenido variados nombres a lo largo de su historia dependiendo de la forma como éste sea concebido. Entre otras denominaciones, las más frecuentes son Derecho penitenciario³, Derecho de ejecución penal⁴, Derecho penal ejecutivo y Derecho carcelario.

Luego, considerando que esa diversidad de denominaciones aún no es reemplazada por un nombre cuyo acuerdo trascienda fronteras se puede desprender que aún no existe, tampoco, un consenso a la hora de señalar qué entendemos por Derecho carcelario y cuál ha de ser la naturaleza jurídica de las normas que lo componen.

Tradicionalmente, se adscribe a cuatro teorías sobre su naturaleza jurídica: la teoría administrativa o material, la teoría procesal o jurisdiccional, la teoría penal o sustantiva y la teoría

² Wilde, Oscar, *La balada de la cárcel de Reading*. Traducción de Mario Reyes Suárez. El Áncora editores, Bogotá, 1998, verso 17, pp. 39.

³ No obstante la etimología de la palabra “penitencia” se critica tanto por su carácter religioso como por su aparente incompatibilidad con el objetivo resocializador que hoy se busca en la ejecución penal, gran parte del Derecho italiano y español han acuñado tal nombramiento y, por tanto, en algunas ocasiones se empleará en este escrito obviando las críticas antes aludidas. Sobre el asunto, véase: Valenzuela Saldías, Jonatan, *La pena como penitencia secular*. Apuntes sobre el sentido de la ejecución penal, en *Revista de Derecho*, Vol. XXIII, N° 1, Julio 2010, pp. 255- 268.

⁴ Para profundizar más sobre su origen y las distintas denominaciones de ésta especialidad, véanse, Téllez Aguilera, Abel, *Novelli y su tiempo*. Una aproximación a los orígenes y al concepto de Derecho penitenciario, en *Revista de Estudios Penitenciarios*, N° 255, Madrid, 2011, pp. 9-33 y Kendall, op. cit., pp. 19-22.



mixta⁵. Pero, además, existe una teoría relativamente más reciente: aquella que postula la naturaleza *sui generis* de la ejecución de la pena, derivada de la autonomía de ésta como un nuevo ordenamiento jurídico particular distintos de los enunciados⁶.

A su vez, directamente vinculadas a aquellas teorías de la naturaleza jurídica de las normas, se presentan las posturas sobre la naturaleza de la relación penitenciaria propiamente tal, entre las que destacan dos grandes visiones: la que entiende el vínculo entre el Estado y el preso como una relación de derechos y obligaciones para ambas partes, y la que, en cambio, lo entiende como una relación de sujeción o de poder.

II. Las teorías sobre la naturaleza jurídica de las normas que regulan la relación carcelaria.

1. Relación de Derecho público como teoría general.

Tradicionalmente, la doctrina ha estado de acuerdo en sostener que la naturaleza jurídica del Derecho carcelario es de Derecho público, en primer término. Sin embargo, la escasa discusión al respecto y la poca necesidad de desarrollar sus argumentos frente a tal unanimidad ha hecho que, en la actualidad, quienes desarrollen alguna de las teorías particulares, lo hagan sin hacer esta precisión. Más bien, inician su análisis directamente desde el del ordenamiento jurídico particular que adscriban, esto es, Derecho administrativo, Derecho penal o Derecho procesal, asumiendo, a veces tácitamente, que tal naturaleza es de Derecho público, sin reparar en sus consecuencias.

Esta falta de precisión se ve naturalmente incentivada por el sentido común al constatar que casi la unanimidad de la doctrina, al adscribir una teoría basada en un ordenamiento jurídico particular de Derecho público, lo que está haciendo es reconocer aquella categoría sin profundizarla.

En 1954, Manzini aclaraba que la ejecución de las providencias del juez penal da lugar a una relación de Derecho público entre el Estado y el sujeto sobre el cual recaigan las medidas, por cuanto en ella interviene el Estado como titular de potestades soberanas y de intereses públicos⁷ y que, recién luego de hacer tal distinción debemos comenzar a desentrañar la naturaleza del ordenamiento jurídico particular de la ejecución penal.

⁵ Las tres primeras teorías básicas las encontramos enunciadas en la obra de Manzini, Vincenzo, *Tratado de Derecho procesal penal*, tomo V, Ediciones jurídicas Europa- América, Buenos Aires, 1954, cfr. pp. 313. No obstante, en las páginas que siguen, se evidencia claramente una mixtura de aquellas teorías al diferenciar los tipos de normas que intervienen, en razón de su contenido y en razón de la función que estas presentan en un sistema complejo.

⁶ Véanse, por el momento, Garrido Guzmán, Luis, *Manual de Ciencia penitenciaria*, Edersa, Madrid, 1983, pp. 6-9.

⁷ Manzini, op. cit., tomo V, cfr. pp. 312- 314.



En pleno siglo XXI, son pocos los autores chilenos que se han abocado a la tarea de su estudio en nuestro ordenamiento jurídico. Entre ellos, José Luis Guzmán Dalbora, al analizar la posición jurídica del preso, señala que, siendo el título fundante de la relación penitenciaria, la sentencia judicial, en cuyo contenido se discuten garantías constitucionales y derechos subjetivos, no puede sino ser entendido este vínculo como una relación de Derecho público cuya consecuencia es que faculta al Estado a limitar, solamente, la libertad personal del preso, más aun, la libertad de elegir el lugar de morada, como único ente con tal atribución⁸.

A mayor abundamiento, en cuanto la particularidad de las relaciones de Derecho público es que uno de los sujetos que interviene es el Estado con su poder de imperio, es que, a su vez, tales relaciones no están, salvo muy raras excepciones, frente a una igualdad de condiciones, ni teórica ni práctica, mucho menos si vemos al preso como un individuo que ha sido apartado de la sociedad por haber vulnerado el pacto social y que suele generar un rechazo aun entre sus pares. De ello se desprende la necesidad de regulación, a través de una Ley, ante la posibilidad de que se ejerza arbitrariedad por parte de quien detenta la posición de superioridad: el Estado o quien ejecute en su nombre.

Paradójicamente, en el sistema de ejecución penal chileno es el artículo 2º del Reglamento de Establecimientos penitenciarios el que ha reconocido que el privado de libertad se encuentra en una relación de Derecho público con el Estado, supliendo la labor de una Ley⁹ al regular tales materias que, por su contenido, rayan en la limitación de derechos y garantías del individuo.

A nivel internacional, los pactos y convenciones que regulan la materia no dicen expresamente que se trata de una relación de Derecho público sino que se enfocan en establecer limitaciones a la intervención estatal, decretar mandatos a ésta y en plasmar positivamente una serie de derechos y garantías fundamentales para la vida del preso. No obstante, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido reiterada en reconocer una de las teorías que expone el Derecho administrativo como regulador de la relación penitenciaria, esto es, la teoría de la sujeción especial y ha puesto

⁸ Guzmán Dalbora, José Luis, *La pena y la extinción de la responsabilidad penal*, Editorial IBdeF, Montevideo- Buenos Aires, 2008, cfr. pp. 235.

⁹ Respecto de las críticas que existen en Chile a la falta de una regulación legal al sistema de ejecución de penas, véase: Valenzuela, Jonathan, *Estado actual de la reforma al sistema penitenciario en Chile*, en *Revista de estudios de la Justicia*, N° 6, Universidad de Chile, 2005.



especial énfasis en la posición de garante del Estado para con el individuo¹⁰, argumentos que veremos más adelante.

2. ¿Qué clase de relación de Derecho público?

1. ***Teoría procesalista o jurisdiccional:***

Partiendo por el Derecho procesal, en Chile se han hecho extensos análisis sobre lo que es el debido proceso, pero pareciera ser que una vez que se dicta la sentencia condenatoria, el proceso termina y la persona condenada queda a la deriva de una regulación jurídica mucho menos exigente y menos preocupada de la rigidez jurídica que se ataña a las normas, los principios y valores que rigen un ordenamiento jurídico determinado.

En Italia surgieron las primeras voces que abogaban por que la naturaleza de la ejecución penal fuera jurisdiccional o procesal penal. Entre éstas destaca la opinión de Carnelutti, quien opinaba que la pena y su ejecución eran objeto propio del Derecho procesal penal y no del Derecho penal, cuyo propósito sería, en cambio, el estudio del delito propiamente tal¹¹. Señaló, además, que la función de jurisdicción no absorbe necesariamente la noción de proceso, siendo la ejecución un proceso no jurisdiccional, que se prolonga hasta la extinción de la pena¹².

En consecuencia, la ejecución de la pena pasaría a estar regida por la labor del juez, en cuya instancia se materializa la sentencia condenatoria como una etapa más del procedimiento pero que se ve limitada por el contenido sustantivo ya determinado por el pronunciamiento judicial¹³. La intervención de este nuevo actor, como tercero imparcial, permitiría poner freno a la arbitrariedad que puede surgir de instituciones que no son controladas, que en la práctica son difíciles de fiscalizar en todo momento y/o que ostentan un gran poder ante los individuos pero, además, permitía exigir mayor presencia del rol de garante del juez en cuanto es su deber velar por el respeto a los derechos de los intervinientes en todo el procedimiento penal.

¹⁰ Véanse, por ejemplo, Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) versus Venezuela*, sentencia del 5 de julio de 2006, párrafo 87 y caso *Instituto de Reeducación del Menor versus Paraguay*, sentencia del 2 de septiembre de 2004, párrafo 152 y 153.

¹¹ Véase, Carnelutti Francesco, *Cuestiones sobre el proceso penal*, Ediciones jurídicas Europa- América, Buenos Aires, 1961.

¹² Véase: Carnelutti, Francesco, *Estudios de Derecho Procesal*, Ediciones Jurídicas Europa- América, Buenos Aires, 1952.

¹³ Véase: Quilodrán, Ana Luisa, *La ejecución jurisdiccional de las penas*, En especial las penas privativas de libertad (tesis para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas). Profesores guías: Raul Tavolari y Claudio Meneses, Universidad de Valparaíso, 2006.



Acorde a esto último, la literalidad armónica entre los artículos 76 inciso 1° de la Constitución Política de la República y el artículo 1° del Código Orgánico de Tribunales, que establecen que la facultad de hacer ejecutar lo juzgado criminalmente corresponde exclusivamente a los tribunales establecidos por ley, junto con la interpretación que se ha dado al artículo 466 del Código Procesal Penal, atribuyen competencia en la ejecución penal a los Jueces de Garantía, quienes, además, deben velar por el respeto de los derechos de los intervinientes.

Por tanto y, en relación, esta vez, a las disposiciones del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios¹⁴, una primera consecuencia de esta teoría es que cualquier medida de seguridad o actuación excepcional, durante la ejecución, que implique restricción o perturbación de alguno de los derechos del reo, que no se encuentran limitados por la sentencia, deben tener autorización judicial previa, en tanto el rol del juez es esencial.

Es tan importante la presencia del juez en la etapa de ejecución penal que la mayoría de los países del mundo ya cuentan con una jurisdicción especializada, es decir, con jueces de ejecución de penas cuya formación se ha perfeccionado en el área, entre los que destaco Bolivia, Argentina, Brasil, España, Italia y Alemania, por ser semejantes a nuestra realidad, los unos, y los precursores del Derecho de ejecución penal, los otros.

Tal sistema, a rasgos generales, implica que los conflictos que se generan entre la llamada Administración penitenciaria y un penado, así como los conflictos que estos puedan tener con otros particulares, habiten, estos, dentro del mismo establecimiento penitenciario o no- tema de vital importancia cuando se hace común la implementación de “cárceles privadas”-, son resueltos por un juez especializado en asuntos penitenciarios, independiente e imparcial y que debe seguir un procedimiento especial en su labor.

En Chile, en cambio, conocidas son las críticas¹⁵ a la falta de un sistema apropiado como el descrito. No existe aún, una jurisdicción especializada que pueda hacerse cargo de que, en la ejecución de las penas, se cumplan los principios del Derecho penal y del Derecho procesal penal, así como del resguardo de los condenados y los límites y garantías que enmarcan a un Estado de Derecho.

¹⁴ Por ejemplo, el artículo 38 sobre permisos excepcionales de salida por enfermedad grave o el artículo 87 sobre aplicación de medidas disciplinarias.

¹⁵ Véase, Küns Müller Loebenfelder, Carlos, *La judicialización de la ejecución penal*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° XXVI, semestre I, Valparaíso, Chile, 2005, pp. 113-123.



No obstante de las normas antes mencionadas se desprende que el Juez de Garantía es el encargado de cautelar los derechos del reo dentro del proceso penal, esta posición no es unánime encontrando quienes estiman que, en atención a la historia fidedigna de la Ley, lo que buscaba el legislador era resolver esto mediante una jurisdicción especializada lo que genera problemas de aplicación al no existir aún pero que no obliga a los Jueces de Garantía a tal labor¹⁶.

Luego, su imposibilidad material de hacerse cargo de todas las tareas que le son encomendadas y su falta de conocimientos especializados en esta área, lleva a que, en la práctica, es la propia Administración penitenciaria la que se encarga de tal función, con amplias facultades de decisión, sanción y orden.

Por otra parte, que la ejecución penal sea parte del procedimiento penal tiene consecuencias importantes: se aplicarían a esta última fase todos los principios y garantías del proceso penal, en especial, el principio de legalidad, el principio de juridicidad y el derecho de defensa. Vemos, entonces como la necesidad del juez se hace presente, no sólo para determinar la sentencia y con ello limitar derecho y libertades del individuo legítimamente, sino que también, como contrapartida, tutelando los derechos que sobreviven a esas limitaciones, hasta la completa ejecución de la sentencia.

Si bien esta teoría constituye un claro avance en cuanto a la protección de los derechos del preso por su sujeción a la intervención judicial en relación a lo que podría considerarse un actuar arbitrario por parte de la administración, no explica el por qué en la práctica efectivamente debe intervenir la autoridad administrativa atendiendo la realidad de los centros penitenciarios y los procesos individualizados por los que debe pasar un reo en la etapa de ejecución.

Tampoco se hace cargo de la crítica de Manzini en cuanto a tener presente que la ejecución concierne a la “realización, modificación, extinción o desconocimiento de la prevención punitiva del Estado, lo que pertenece al derecho sustancial pues todo lo que ataña al contenido material del proceso queda fuera del derecho procesal”, que se nutre exclusivamente de contenido formal¹⁷.

Contra Carnelutti, Manuel de Rivacoba advierte, además, que su teoría de separación del Derecho penal y el Derecho procesal no hace más que evidenciar que ni el Derecho sustantivo ni el

¹⁶ Kendall Craig, Stephen, *Tutela judicial efectiva en la relación jurídica penitenciaria*, Librotecna, Santiago de Chile, 2010, cfr. pp. 96- 97.

¹⁷ Manzini, op. et ed, cit., cfr. pp. 313- 314.



Derecho adjetivo se separan del todo, señalando, a su respecto, que ni el primero puede concebir al delito sin la pena, ni el proceso concluye siempre en ésta¹⁸, pues puede terminar señalando que no hay delito y, por tanto, no hay pena o bien encontrar alguna otra vía de solución de controversias.

Luego, claro está que la presencia del juez en la etapa de ejecución es imperativa, sin embargo ¿significa ello que la naturaleza de la ejecución es jurisdiccional? No, al igual que el Derecho penal sustantivo, necesita de la intervención del juez para materializarse, pero ello no lo vuelve de naturaleza jurisdiccional, quedando atrapado por el proceso, sino que permanece en sus principios y dota de contenido al mismo.

2. Teoría sustantiva o penalista.

Ya el profesor Rivacoba evidenciaba que no es posible imaginar un Derecho penitenciario independientemente de la ciencia que estudia y determina la pena por cuanto no tiene un objeto propio sino que es la parte del Derecho penal que se encarga de materializar y volver realidad a la pena, son, por tanto, complementarios¹⁹. Aún más, podríamos sostener que ni la Ley ni la sentencia penal traspasa lo meramente normativo, afectando la vida de las personas, sino que recién al ejecutarla restringe o anula parte de la existencia del condenado y produce sus consecuencias²⁰.

Tanto es así que, ni siquiera el Derecho penal es aquel que a través de sus funciones de prevención, retributiva o de reparación es capaz por sí sólo de lograr el cometido de proteger los bienes jurídicos si no es de la mano de la ejecución que logra materializar dicho fin. No se puede sino entender que la ejecución es parte del mismo Derecho sustantivo en su esencia y representa "mucho más que su medición, la verdadera culminación y remate de la teoría de la pena"²¹.

Es así como surge la segunda teoría, la teoría penalista o sustantiva, que considera que las normas que regulan la ejecución penal, en su esencia, son normas de derecho sustancial ya que no se habla de reglas que disciplinen un juicio sino de reglas que, por su índole, se refieren a la existencia del condenado y las distintas situaciones que se pueden generar y/o repercutir con la comunidad y el Estado.

¹⁸ Rivacoba y Rivacoba, Manuel de, *Función y aplicación de la pena*, Depalma, Buenos Aires, 1993, cfr. pp. 121-122.

¹⁹ Rivacoba y Rivacoba, Manuel de, *El Derecho de ejecución de las penas y su enseñanza*, en: *Revista penal penitenciaria*, N° 3-4, 1965, cfr. pp. 123-126.

²⁰ Rivacoba, *Función y aplicación...* op. cit, cfr. pp.109.

²¹ Ídem, pp. 111.



En tanto teoría sustantiva, el profesor Rivacoba recuerda que la base del Derecho penal y de su ejecución es la protección de bienes jurídicos, lo que lleva a pensar en la protección de bienes jurídicos de los “ciudadanos correctos”,- y en la teoría de la prevención general-, no obstante, reconociendo su calidad de persona, y por ende revestido de dignidad y derechos, el penado también es un sujeto susceptible de protección en cuanto a sus propios bienes jurídicos.

Es tan así, que la clasificación más tradicional de las penas- y científica, según algunos autores²²- es la que atiende a la naturaleza de la pena o al bien jurídico que se ve afectado con la aplicación de ésta, y que distingue entre penas privativas de libertad, restrictivas de libertad, privativas o restrictivas de otros derechos y penas de contenido patrimonial²³. Claramente, cuando alude al bien jurídico afectado con la aplicación de la pena, se refiere al bien jurídico del preso, que se restringe o limita con la ejecución de la sentencia, en este estudio, la libertad ambulatoria²⁴, restringida por las penas privativas de libertad.

Luego, no obstante no son lo mismo, es innegable la relación que existe entre la protección de un bien jurídico determinado y la regulación de derechos subjetivos junto al reconocimiento de mecanismos para su exigibilidad, posicionando a la teoría penalista como la representante más clara del reconocimiento de derechos y obligaciones en la relación entre el preso y el Estado. Así, el Derecho penal cuenta con una serie de principios y reglas que limitan el poder estatal, resguardando las libertades y derechos de los ciudadanos, entre otros, el principio de legalidad, el principio de proporcionalidad y el principio de *nulla poena sine lege*.

Por lo mismo, *es la teoría penalista la que de mejor forma suple las críticas que se han hecho a la vulneración del principio de legalidad en materia de ejecución en Chile, problema que, como señalamos, aún existe. Es el principio de legalidad, uno de los principios rectores del nuestro Derecho penal y se enlaza fuertemente con la expresión “nulla poena sine lege” que, según recuerda Jorge Mera, comprende que es a través de una Ley que se debe establecer la*

²² Véase: Hormazábal Malaree, Hernán, *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho*. El objeto protegido por la norma penal, 2da edición, Editorial jurídica Cono Sur, Santiago de Chile, 1992.

²³ El profesor Enrique Cury, además, agregaba las penas corporales y las penas infamantes. Cury, Enrique, *Derecho penal*. Parte general, 8ª edición, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2005, cfr. pp. 700- 702.

²⁴ Sin entrar en su estudio, el profesor Guzmán Dalbora precisa que, en rigor, el bien jurídico que se ve afectado por la imposición de una pena privativa de libertad no es, simplemente, la libertad ambulatoria, sino que es la “facultad de decidir por sí mismo la residencia”, manteniendo el libre desplazamiento dentro del espacio cerrado donde se encuentre forzado a permanecer. Guzmán, op. cit. cfr. pp. 231- 232.



*naturaleza, el monto y la forma de la ejecución de la pena en tanto ésta siempre significa una privación o exclusión de otros derechos constitucionales*²⁵.

Por otra parte, con acierto, Rivacoba advierte que el carácter prolongado y complejo de las penas privativas de libertad, lleva a criticar que la ejecución de las penas sea de naturaleza jurisdiccional pues requiere una actitud permanente y múltiples acciones complementarias para hacer frente a todas las necesidades que surgen en tal estado²⁶. Sin embargo, disponer de un margen discrecional para que la Administración resuelva tales conflictos no hace más que volverse incompatible con el estricto legalismo penal y la seguridad e igualdad que éste requiere. A lo que agrega que su aplicación en Estados federales podría impedir una uniformidad en la ejecución, pudiendo aplicarse un mismo castigo de diversa manera en un Estado u otro²⁷.

En cuanto a la hegemonía que parece tener la teoría administrativa en los ordenamiento jurídicos ejecutivos en el mundo, Rivacoba también advierte que la fuerte intervención que ha tenido la Administración a lo largo de la historia, no fue más que “una respuesta fácil y rápida a las exigencias de nuevas e imperiosas necesidades o conveniencias públicas”²⁸, idea que se ve reforzada por el desinterés que nuestras políticas públicas muestran en el ámbito carcelario, y coherente con la historia evolutiva de la pena privativa de libertad, cuyo nacimiento tiene por fin mantener al reo en un lugar determinado para el cumplimiento de otra pena principal: el trabajo forzado²⁹, una vez que el movimiento humanista de fines del siglo XVI logró desplazar las penas corporales y perpetuas por su crudeza³⁰.

3. Teoría material o administrativa.

Históricamente, la ejecución de las penas ha sido entregada a una regulación de índole administrativa, debiendo ser el legislador el que da el marco jurídico que determina los límites de las atribuciones de la administración no obstante el uso de reglamentos y actos administrativos se

²⁵ Mera Figueroa Jorge y Couso Salas, Jaime, *Boletín jurídico del Ministerio de Justicia*, Año 2/Nº 4-5, noviembre del 2003, cfr. pp. 116.

²⁶ Rivacoba, *Función y aplicación de la pena*, ed. cit., cfr. pp. 117.

²⁷ Ídem, cfr. pp. 120.

²⁸ Ídem, cfr. pp. 112.

²⁹ Foucault, Michel, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión* (Traducción de Aurelio Garzón del Camino), Siglo XX Editores, Buenos Aires, 1ª edición, 1ª reimpresión, 2002, cfr. pp. 280.

³⁰ Welzel, Hans, *Derecho penal alemán*, Editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1976, cfr. pp. 338.



encuentra ampliamente difundido y aceptado, generando discusión sólo respecto del límite en que pueden actuar unos u otros.

En cuanto a esta teoría, la administrativa o material, se fundamenta en la afirmación de que después de la dictación de la sentencia acaba el rol del juez y la causa se devuelve al Derecho material, tomando posicionamiento de la materia en base al principio de la cosa juzgada. En tal caso, las intervenciones posteriores a que podría tener lugar la actividad del juez, se refieren a hechos aislados y excepcionales, siendo la sentencia el acto determinante para todo lo que se debe obrar con posterioridad, por la administración, que detentaría el derecho subjetivo del Estado a castigar.

Sin embargo, múltiples son las críticas que se pueden hacer a esta teoría que, a la luz de la regulación actual, principalmente comprendida en reglamentos, particularmente el Reglamento de establecimientos penitenciarios, parece ser la que inspira actualmente nuestro sistema de ejecución penal.

Entre estas críticas, la más importante es la que se refiere al arbitrio o discrecionalidad que puede llegar a tener la administración para resolver controversias y que puede implicar una grave desprotección del penado en cuanto al cuidado de sus derechos y libertades, incluso sus derechos fundamentales garantizados constitucionalmente³¹, tutela que naturalmente le corresponde al juez y que puede durar, en palabras de Manzini, "durante toda la vida del condenado"³², en referencia a la posibilidad de que estemos frente a penas prolongadas o perpetuas, o más generalmente, hasta la cesación de todos los efectos penales de la sentencia.

Es tan así, que Jellinek³³ entendía que la actividad estatal administrativa no formaba parte del Derecho por cuanto no se puede identificar una relación entre iguales sino que existe un poder arbitrario o de sujeción que no puede ser identificado con el concepto de "relación jurídica". En tal caso, el contenido de la norma jurídica sólo puede consistir en la delimitación de derechos y deberes de particulares que entran en conflicto entre ellos³⁴.

³¹ Rivera Beiras, Iñaki, *La cuestión carcelaria*. Historia, Epistemología, Derecho y Política penitenciaria, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006, cfr. pp. 17- 40.

³² Manzini, op. et ed. cit., tomo I, cfr. pp. 121- 122.

³³ Véase: Jellinek, Georg, *Teoría general del Estado*, Librería general de Victoriano Suárez, Madrid, 1914, pp. 278-279.

³⁴ Suay, Celia, *Refutación del Ius puniendi*, en el *Homenaje al Dr. Mariano Barbero Santos in memoriam*, tomo I, Ediciones de la Universidad de Castilla- La Mancha, Ediciones Universidad Salamanca, Cuenca, 2001, cfr. pp. 714-716.



De acuerdo a la particular visión de Jellinek, distingue tres posibilidades de ejercicio del poder punitivo: 1) el poder general de dominio, que se ejerce sobre el ciudadano común, 2) la sujeción especial de dominio, que requiere una especial vinculación con el individuo, como en casos de militares o presos y 3) un poder especial, menos intenso que el de dominio, donde se identificarían los funcionarios, entre otros³⁵.

Así, dentro de la doctrina española, la teoría administrativa ha evolucionado en la línea argumentativa de la relación de sujeción especial de dominio antes mencionada, que se trataría de aquellas *“relaciones jurídico-administrativas caracterizadas por una duradera y efectiva inserción del administrado en la esfera organizativa de la Administración, a resultas de la cual queda sometido a un régimen jurídico peculiar que se traduce en un especial tratamiento de la libertad y de los derechos fundamentales, así como de sus instituciones de garantías, de forma adecuada a los fines típicos de cada relación”*³⁶.

Este concepto tiene su nacimiento en *“el marco político del II imperio alemán (se la vincula al principio monárquico), para explicar ciertos poderes -reguladores, disciplinarios- del Estado sobre personas vinculadas a él por una relación más intensa y directa que la que lo vincula con el común de los ciudadanos. En definitiva para afirmar un conjunto de potestades domésticas existentes al margen -y para algunos incluso en contradicción- a la Ley”*³⁷. Es por el propio contexto de su nacimiento que recibe críticas en cuanto a sus raíces autoritarias, ya que entra en confrontación con ciertos principios, especialmente el principio de legalidad³⁸, más claramente, con el principio de reserva de Ley, que es base en la estructura de nuestro sistema penal actual y el desarrollo y reconocimiento que actualmente tiene la protección de los derechos fundamentales en el mundo.

En base a esa crítica, y como lo señala Kendall, esta forma de concebir la relación jurídica penitenciaria comienza a cambiar a partir de la sentencia del Tribunal constitucional federal alemán con fecha del 14 de marzo de 1972, para declarar la inconstitucionalidad de la limitación de los

³⁵ Jellinek, op. cit. pp. 278- 279.

³⁶ Rodríguez Magariño, Faustino, *La relación jurídico- penitenciaria bajo la óptica del derecho administrativo*, pp. 10. Artículo disponible en formato electrónico: <http://www.uned.es/dpto-derecho-politico/gudin.pdf>.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ Gallego Anabitarte, Alfredo, *Las relaciones especiales de sujeción y el principio de legalidad*, en *Revista de Administración pública*, Enero- Abril XII, España, 1961, cfr. pp. 24.



derechos fundamentales de una persona en base a una norma de rango administrativo, conminando, además, al legislador a dictar la normativa de rango legal que era necesaria³⁹.

Luego de esta revolucionaria sentencia, la doctrina española, que comenzaba a adoptar la teoría de la sujeción especial, se pronuncia tratando de adecuar sus postulados al ordenamiento jurídico general. Así, Faustino Rodríguez dice que debe entenderse como una relación administrativa que debe encauzarse a la idea de resocialización⁴⁰. Luego, Borja Mapelli considera que debemos entender la relación de sujeción especial con la idea de prestación de servicios públicos⁴¹.

Así, junto con la evolución doctrinal vivida en España, su jurisprudencia reconoce limitaciones a la administración desde la década pasada en múltiples sentencias del Tribunal Constitucional diciendo que el internamiento de un ciudadano en un Centro Penitenciario vincula al interno con la Administración estableciendo una relación de sujeción especial que le somete a un poder administrativo autónomo y más intenso que el que se proyecta sobre el común de los ciudadanos. Aunque ciertamente el ejercicio de dicho poder está sujeto a normas legales de estricta observancia y, además se encuentra limitado tanto por la finalidad propia de dicha relación (artículo 1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria) como por el valor preferente de los derechos fundamentales del recluso, que el artículo 25.2 de la Constitución expresamente reconoce⁴². Poético es, incluso, al decir que “Es claro que la situación de sujeción especial del interno en un establecimiento penitenciario no puede implicar la eliminación de sus derechos fundamentales ni por tanto que ‘la justicia se detenga en la puerta de las prisiones’”⁴³.

En el ámbito del Derecho internacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, reconociendo que ésta visión de la ejecución penal es la que predomina en la realidad, la interpreta en atención a la posición de garante que el Estado asume ante la situación especial del preso, llegando a otorgarle incluso un nuevo significado a esta teoría. Así, en el 2006, señala que en atención a esta

³⁹ Kendall Craig, Stephen, *Tutela judicial efectiva en la relación jurídica penitenciaria*, Librotecnia, Santiago de Chile, 2010, cfr. pp. 27.

⁴⁰ Citado por Kendall, op. cit., pp. 28.

⁴¹ Mapelli Caffarena, Borja, *El sistema penitenciario, los derechos humanos y la jurisprudencia constitucional*, en *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, cfr. pp. 428.

⁴² Cfr. sentencia del Tribunal constitucional español 74/1985 en correlación con sentencia 57/1994.

⁴³ Sentencia del Tribunal Constitucional 97/95, y sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 28 de junio de 1994, caso Campbell y Fell.



condición de garante, el Estado es responsable por la vulneración de los derechos fundamentales del preso, con especial énfasis en el derecho a la integridad personal, la salud y la vida⁴⁴.

Luego, en el caso *Montero con Venezuela*, señala expresamente que “el Estado se encuentra en una posición especial de garante frente a las personas privadas de libertad, toda vez que las autoridades penitenciarias ejercen un fuerte control o dominio sobre las personas que se encuentran sujetas a su custodia” y prosigue señalando que tal relación de sujeción especial se caracteriza por “la particular intensidad con que el Estado puede regular sus derechos y obligaciones y por las circunstancias propias del encierro, en donde al recluso se le impide satisfacer por cuenta propia una serie de necesidades básicas que son esenciales para el desarrollo de una vida digna⁴⁵”.

No obstante estos pronunciamientos doctrina de la sujeción especial, aún de esta forma enunciada, no responde a las críticas antes formuladas al impedir la arbitrariedad y discrecionalidad con que podrían operar los organismos encargados de hacer ejecutar la sentencia, situaciones que pueden ser tan variadas como la discrecionalidad en algunas sanciones, en el actuar ante emergencias como incendios, terremotos y otras manifestaciones de la naturaleza, hasta la permisibilidad de las órdenes verbales tan comúnmente empleadas en el escenario militar pero que pugna incluso con lo que hoy conocemos como certeza jurídica y que puede llegar a imponer requisitos, suprimir permisos y distribuir materiales, entre tantos otros.

Luego, la aplicación irreflexiva de esta nueva teoría implica directamente el no reconocimiento igualitario de la calidad de persona que tiene el preso, volviendo a una época en que el Estado era un protector patriarcal de todo aquel que se encontraba bajo su alero e impidiendo el reconocimiento de los derechos de éste y, por tanto, su exigibilidad. Se perdería, a su vez, el avance que se ha logrado al reconocer que la calidad de persona del preso sigue intacta no obstante la restricción de específicas libertades antes establecidas a nivel legal.

En tercer término, no obstante reconocer que lo que busca la Corte es hacer responsable al Estado por las condiciones en que viven los reos y la imposibilidad de auto determinarse, lo que logra es subsidiar su vida en vez de entregarles las herramientas para que puedan aprender a subsistir una

⁴⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Miguel Castro versus Perú*, sentencia del 25 de noviembre del 2006, párrafo 273.

⁴⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Montero Aranguren y otros versus Venezuela*, sentencia del 25 de noviembre del 2006, párrafo 87.



vez recobren su libertad. Herramientas que son tan variadas como la posibilidad de trabajar, de gastar su dinero en un mercado permitido al interior de la cárcel, la posibilidad de pagar para acceder al comercio sexual lícito, entre tantas otras. Oyendo así lo que no sólo los juristas advierten: “A veces se les exige tan poco trabajo que los internos, con frecuencia no habituados a los pequeños quehaceres sufren crisis de aburrimiento”⁴⁶. No es la potenciación de la vulnerabilidad lo que permitirá mejorar las prisiones sino el reconocimiento de la libertad en todo cuanto no haya sido limitado por la sentencia.

No obstante la teoría administrativa, de la mano con la teoría de la relación de sujeción especial, son las que predominan a nivel interno e internacional, las consecuencias ideológicas y jurídicas que éstas conllevan no generan la consecuencia necesaria del reconocimiento de la calidad de persona del preso, como tampoco superan las críticas a la discrecionalidad, a la necesidad de resguardar derechos o de limitar el poder, entre otras, lo que hace necesario evaluar otra alternativa.

4. Teoría mixta.

Continuando con las teorías enunciadas al principio, se nos presentan las teorías mixtas, las que parten de la distinción entre ejecución de la pena y su cumplimiento material, articulando la intervención de ambas autoridades: jurisdiccional y administrativa. Manzini afirma que la ejecución de la pena necesita de la intervención jurisdiccional para dictar sentencia definitiva, pero también es el “órgano ejecutivo del Estado”, quien finalmente la materializa⁴⁷.

Se habla del conjunto de normas que determinan las condiciones y presupuestos de ejecutabilidad de la resolución judicial, que designan al órgano al que se encomienda promover la ejecución y que disciplinan los incidentes de ejecución, normas todas ellas pertenecientes al Derecho procesal penal. Por otro lado, se encuentra la ejecución en cuanto realización, modificación, extinción o desconocimiento de la pretensión punitiva del Estado, materia que estaría sometida al derecho penal o administrativo. A su vez, dentro de esta última sub clasificación hay que diferenciar las normas del régimen penitenciario y de la ordenación interna de los establecimientos penales, que serían de carácter administrativo, de los aspectos pertenecientes al derecho penal propiamente tal,

⁴⁶ Goffman, Erving, *Internados*. Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales, Amorrortu editores, Buenos Aires, 1998, pp. 23

⁴⁷ Manzini, op. et ed. cit., tomo V, cfr. pp. 311- 317.



como son las normas que regulan la ejecución penal en su esencia, las condiciones, modificaciones y límites de la pena⁴⁸.

Un problema que se genera ante este tipo de visiones complejas es el surgimiento de imprecisiones y falta de claridad en cuanto a las competencias de los órganos que deben actuar ante los conflictos que se susciten y sus funciones y limitaciones específicas. Este punto cobra especial relevancia en materia carcelaria ante la necesidad de resolver conflictos entre los internos, con la administración penitenciaria o con terceros, que nazcan con posterioridad a la dictación de la sentencia o bien, durante la ejecución de la misma.

Así, es fundamental precisar si es legítimo resolver tales conflictos por la Administración a través de resoluciones, circulares o reglamentos, si, en cambio, es necesaria la intervención judicial para la licitud de tales resoluciones o si, además de ella, es requisito cumplir con ciertos principios y leyes establecidas por el ordenamiento con anterioridad, como los derivados del Derecho penal.

A su vez, la complejidad y diversidad de situaciones que puede vivir un preso son iguales o superiores a las que vive una persona libre en sociedad por lo que es usual que se presenten sectores grises que no permitan, a priori, calificar si un determinado conflicto ha de ser resuelto por un ordenamiento jurídico particular u otro, cuestión que se acentúa si se acoge la teoría mixta de la naturaleza de la ejecución penal pues retrasa la resolución del fondo del asunto, al requerir una discusión previa sobre la naturaleza de aquellas situaciones y la legitimidad para resolver por parte de los posibles órganos intervinientes. Es así como, por el reconocimiento de aquella complejidad, algunos han querido ver una naturaleza *sui generi* de la ejecución penal, que se explica a continuación.

5. La autonomía de la ejecución penal y las teorías sui generi.

La discusión sobre la naturaleza jurídica de la relación que surge entre el Estado y el preso, innegablemente forma parte de un área muy joven del Derecho: el Derecho de ejecución penal o Derecho penitenciario, y se asocia directamente, a su vez, a una segunda lucha de ésta disciplina, consistente en si es parte de un ordenamiento jurídico particular tradicional o si es una rama independiente de éstos.

⁴⁸ Ídem, pp. 85.



No obstante, desde el pasado siglo, surgen voces que abogan fuertemente por la autonomía de esta disciplina⁴⁹, lo cierto es que no hay un consenso en el mundo en orden a otorgársela. Muy por el contrario, la discusión sigue fuertemente centrada en si el ordenamiento jurídico particular que la regula es el Derecho penal, el Derecho procesal o el Derecho administrativo. Es así que Téllez Aguilera recuerda las palabras de Pietro Marship, diciendo que la doctrina penitenciaria no existe como doctrina autónoma sino que cuando comprende el contenido de la pena estaría surcando en las aguas del Derecho penal; cuando estudia las condiciones de las cárceles y la forma del pago de las penas pecuniarias, estaría dentro de la ciencia de la Administración y cuando estudia el valor jurídico y los actos coercitivos que se dirigen contra el preso entra en la doctrina del proceso⁵⁰.

En respuesta a lo anterior, Novelli asegura que el argumento de Marship es precisamente lo que le otorga particularidad al Derecho penitenciario pues al mismo tiempo de reunir estas áreas, sustrae partes específicas de ellas para resolver temas particulares, no pudiendo aislar unos de otros⁵¹. Es decir, al momento de señalar que abarca tanto la administración penitenciaria como el estudio de la pena, y los procesos, está diciendo que ninguna de esas áreas particulares puede abarcar de forma completa el objeto del Derecho penitenciario y que, por tanto, y considerando los problemas que resuelve, no podemos estar sino ante una rama diferente y especial del Derecho.

Por otra parte, desde el estudio del Derecho comparado y sus legislaciones, existen escasos países que tienen un código de ejecución penal o penitenciario propiamente tal⁵², sin embargo, ello no significa que las materias carcelarias se encuentren reguladas dentro de los compendios penales o procesales, sino que podemos hallarlas en leyes generales y orgánicas que tratan de manera general y específica de los asuntos que puedan surgir en la vida de un reo. Entre tantos otros, podemos mencionar el caso español, italiano, alemán, argentino, boliviano y brasileño.

Asimismo, no existe en Chile una tendencia fuerte hacia la construcción de este Derecho como un ordenamiento especial o, al menos, como un capítulo desarrollado de otro ordenamiento particular. No existen tampoco, en los programas de Derecho penal o Derecho procesal (y mucho

⁴⁹ Véanse, por ejemplo, Racionero Carmona, Francisco, *Derecho penitenciario y privación de libertad*. Una perspectiva judicial, Dykinson, Madrid, 1999, pp. 51; Mapelli Caffarena, Borja, *Las consecuencias jurídicas del delito*, cuarta edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2005, pp. 136- 138; Garrido Guzmán, Luis, *Manual de Ciencia penitenciaria*, Edersa, Madrid, 1983, pp. 6-9.

⁵⁰ Téllez Aguilera, op. cit., cfr. pp. 21.

⁵¹ Novelli, Giovanni, *Rivista di diritto penitenziario*. Studi teorici e pratici, Vol. IV, 1933, 1, cfr. pp. 5-56.

⁵² Véase, por ejemplo: Código de Ejecución penal peruano, decreto legislativo N° 654 de 1991 y Código penitenciario y carcelario colombiano, Ley N° 65 de 1993.



menos administrativo) la obligatoriedad de impartir estos temas y, son exclusivas las Universidades que imparten estos ramos electivos de la materia. Quienes se han dedicado con mayor ánimo a divulgar las condiciones carcelarias son organismos de Derechos Humanos aun cuando esto también sea de data reciente.

III. Breves conclusiones del capítulo

Primero, que no obstante la teoría jurisdiccional es un gran avance en el reconocimiento de derechos del preso, no salva las dificultades teóricas que se han planteado en este estudio y más bien permite la materialización de las otras teorías, no necesitando abstraerse de la exigencia de Tribunales que ejecuten los principios de otros ordenamientos particulares y limiten el poder.

Segundo, que en cuanto a la teoría sustantiva o de Derecho penal, atendiendo a su función de resguardo de bienes jurídicos y la limitación al poder estatal que suponen los principios que la estructuran, es la que de mejor forma resguarda los derechos de los presos, en tanto reconoce su calidad de persona.

Tercero, no obstante la teoría administrativa, de la mano con la teoría de la sujeción especial, son aquellas que predominan en las interpretaciones internacionales y a nivel interno, lo cierto es que no logra superar las críticas a la discrecionalidad que genera en la limitación y resguardo de derechos, como tampoco reconoce de forma clara la calidad de persona del preso como sujeto de derechos y obligaciones, lo que hace que se vuelva una teoría de imposición de la autoridad por sobre el Derecho o una teoría paternalista en otros casos, que no se condicen con el actual Estado de Derecho.

Cuarto, que no obstante la teoría mixta es bastante realista al reconocer la complejidad y diversidad de las situaciones que puede vivir un preso y de las normas que han de intervenir en la resolución de aquellos conflictos, no fomenta la celeridad en la resolución de los mismos, ni la seguridad jurídica, fundamental a la hora de limitar o reconocer derechos, gran parte de las veces, fundamentales, al no dejar claridad sobre los órganos que deben resolver en una determinada situación, sus limitaciones, los principios a los que debe someterse ni cómo debe actuar ante “situaciones grises”. Todo aquello, quitándole fuerza argumentativa a la hora de decidir qué teoría es



la más apropiada para estructurar la ejecución de la pena privativa de libertad, interpretar sus normas y proponer soluciones futuras.

Quinto y final, aun cuando la teoría *sui generi* cobra adeptos en el mundo, lo cierto es que por el momento, no existe un consenso en otorgárselo ni puede satisfacer plenamente los requerimientos de contenido que la ejecución de la pena necesita, apoyándose, a su vez, del otros Derechos para tal propósito.

De lo anteriormente descrito, queda claro que no obstante la teoría más acogida en el mundo es la teoría del Derecho administrativo, aquella que enfrenta con mayor solidez las exigencias de un Estado de Derecho es la teoría penalista o sustantiva, al menos hasta ahora, en la teoría y análisis abstracto de la misma.



Segundo capítulo:

UNA PERSPECTIVA DESDE LOS SUJETOS QUE CONFORMAN LA RELACIÓN CARCELARIA.

“A la solemnidad, por no decir a la majestad de los hombres en toga, se contraponen el hombre en la jaula [...], como un animal peligroso.

Solo, pequeño, aunque sea de estatura elevada, perdido, aun cuando trate de aparecer desenvuelto, necesitado, necesitado, necesitado...”

Carnelutti⁵³

I. Introducción al capítulo.

Los sujetos que componen la relación carcelaria, sin duda, son preso y Estado. En cuanto al primero de ellos, el preso, hay dos cuestiones especialmente relevantes para este estudio:

i) La coexistencia de dos visiones divergentes del preso: una como sujeto de derechos y obligaciones, y otra como infractor de la legalidad, que cobran importancia en cuanto se condicen con dos de las teorías más claras de la relación penitenciaria, a saber, aquella que entiende tal relación como una relación recíproca de derechos y obligaciones para ambas partes, y aquella que considera que lo que determina este lazo entre preso y Estado es, de una manera u otra, la sujeción o sometimiento al segundo.

ii) Un breve repaso por derechos y obligaciones que tradicionalmente se reconocen al preso, poniendo especial énfasis en la legislación nacional y algunos pronunciamientos de las cortes de justicia internacionales, para discernir, a su vez, si de ellos se desprende una tendencia a alguna corriente de las antes descritas y a cuál.

Respecto del Estado, hay que hacer algunas distinciones: i) Puede entenderse al Estado como un ente abstracto que ha de responder a nivel nacional e internacional por la situación de los presos. ii) Pero, además, se pueden considerar las distintas formas en las que interviene el Estado a través de sus poderes e instituciones, de las cuáles los órganos más relevantes son los jurisdiccionales, los administrativos y los de vigilancia.

⁵³ Carnelutti, Francesco, *Las miserias del proceso penal*, Ediciones jurídicas Europa- América, Buenos Aires, 1959, pp. 31.



Para mejorar la comprensión del capítulo adelante que, en cuanto al preso, y siguiendo las conclusiones del capítulo anterior, es fundamental tratar de armonizar la regulación de la ejecución penal con el reconocimiento de su calidad de persona y que la aplicación de su pena se adecúe a los principios del Estado de Derecho, para cuyo propósito el Derecho penal es el más capacitado no obstante el Derecho administrativo es el más reconocido en la actualidad.

En cuanto al Estado como ente abstracto o a través de sus instituciones, es importante poner énfasis en la obligación que recae sobre él como protector de la legalidad y su obligación de proporcionar una vida digna a quien se encuentra bajo su tutela o custodia, no obstante las fuertes críticas a la teoría de la sujeción especial que ya se enunciaron y que se vinculan con esa posición de garante.

II. Regulación jurídica del preso:

1. El preso como sujeto de derechos versus infractor de la legalidad.

Cuando se aborda el estudio de un sujeto sometido a una situación tan particular como la del preso es usual que se presenten varias visiones acerca cómo abordar las normas que lo regulan, las que estarán imbuidas de convicciones morales e ideológicas de quienes las formulan. En este caso, es especialmente evidente la coexistencia de dos visiones divergentes entre sí: por una parte, la de quienes reconocen en el preso su calidad de persona y piden el respeto de sus derechos y obligaciones y, por otra, la de quienes niegan tales derechos considerando que por su infracción al ordenamiento se somete a una especial relación de sujeción al poder punitivo cuya función es principalmente de castigo.

En cuanto a la visión del reconocimiento del preso como sujeto de derechos, se estructura en base a la calidad de persona del mismo, lo que implicaría que se encuentra amparado por los derechos que reconoce nuestra Constitución política y diversos tratados internacionales. La materialización del reconocimiento de estos derechos vendría dada, a su vez, por la interpretación que se tenga sobre los límites que se les puede imponer con la ejecución de la sentencia penal: por una parte, existen quienes critican fuertemente las limitaciones de derechos más allá de lo que dice la sentencia y estiman que el preso es un sujeto de derechos y que estos han de sobrevivir mientras no



sean limitados por la misma⁵⁴. Sin embargo, por otra parte, existen quienes consideran que las consecuencias jurídicas del ilícito penal no sólo vienen determinadas por la sanción *contenida* en la sentencia sino también en aquella derivada del *sentido* de la pena y/o aquellas que enuncie la legislación penitenciaria⁵⁵, interpretación más inclinada a la visión del preso como infractor de la legalidad que como sujeto de derechos.

Luego, respecto de estas limitaciones derivadas del sentido de la pena, nos encontramos con el problema de que no podríamos desligarlas de los fines de la misma que, a estas alturas, coexisten en la práctica, desde la retribución hasta la prevención, incluyendo fines resocializadores, y que se presentan fuertemente atados a las propias convicciones de quienes legislen o los aleguen.

Quienes creen que la pena ha de tener un sentido resocializador abogarán, a su vez, por un sistema que no limite de forma extensa los derechos de los presos por no encaminarse en su proceso de reincorporación social ni tratamiento⁵⁶, quienes creen que debe tener y tiene prioritariamente un sentido retributivo⁵⁷, permitirán las limitaciones de derechos siempre y cuando éstas sean de tal entidad que no sobrepasen la retribución de lo cometido y, por último, quienes ven en el Derecho penal un instrumento para prevenir delitos⁵⁸, reflejado claramente en las políticas criminales de “mano dura” de los últimos años, justificarán tales limitaciones de forma mucho menos exigente y basada en múltiples consideraciones.

Respeto de lo segundo, a saber, de las limitaciones que surjan de la legislación penitenciaria, encontramos a quienes aceptan la existencia de estas limitaciones y quienes no, los que se separan en aquellos que consideran que la legislación puede atender a tal limitación sólo de acuerdo a razones muy justificadas como orden, seguridad y disciplina del establecimiento penitenciario, la prevención del delito, el interés del tratamiento, entre otros, hasta quienes creen que la ley puede imponer

⁵⁴ José Luis Guzmán Dalbora quien, al tratar el bien jurídico que limita las penas privativas de libertad, señala que “sólo puede traer consigo la afectación de aquellos bienes jurídicos cuyo ejercicio depende de aquella pérdida, y únicamente en la medida en que resulte indispensable sacrificarlos para el aseguramiento del condenado dentro de los confines de su reclusión”, en Guzmán Dalbora, José Luis, op. cit., pp. 237.

⁵⁵ Reflejo de estas ideas es la parte final del actual artículo 25.2 de la Constitución política española, que señala: “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”.

⁵⁶ Véase, Kaufmann, Hilde, *Principios para la reforma de la ejecución penal*, Depalma, Buenos Aires, 1977.

⁵⁷ Cuello Calón, op. cit., pp. 17 y 18.

⁵⁸ Von Liszt, Franz, *Tratado de Derecho penal*, tomo I, Hijos de Reus editores, Madrid, 1916, pp. 1-7.



restricciones por razones materiales, de escasez de recursos (humanos, económicos, o en cuanto al lugar) e incluso, de control, como lo que ocurre con los premios y castigos.

Respecto del fin resocializador de la pena, parece estar siendo llevado a cabo por los profesionales que intervienen en el tratamiento del delincuente, es decir, asistentes sociales y psicólogos, fundamentalmente a cargo de Centros de educación y trabajo, no obstante esta labor no se ve verdaderamente respaldada por la entrega de recursos⁵⁹ ni el reconocimiento de derechos. Más aún, parece estar truncada directamente por las ideas preventivas y represivas más extremas, cuya influencia mediática y social no se niega.

Pero no sólo evidenciamos restricciones a los derechos, por la vía normativa, a través de justificaciones de seguridad, orden y prevención de delitos, sino también, a través de lo que Rivera denomina sistema penitenciario “punitivo- premial”⁶⁰ que, “bajo esa lógica de premios y castigos, convierte en simples <<beneficios>> toda una serie de situaciones de decisiva importancia para los reclusos, que ya no podrán mantener la naturaleza jurídica de auténticos <<derechos subjetivos>>”⁶¹. Entre aquellos, menciona los permisos de salida, la obtención de trabajos remunerados, el grado de contacto con el exterior, la libertad condicional, y a los que nosotros agregamos la visita conyugal y el ingreso a programas en Centros de educación y trabajo, entre otros.

La visión del preso como infractor de la legalidad y, por tanto, sometido a una especial regulación que no reconoce ni mantiene los mismos derechos que ostentaba durante su libertad, se ve reflejada claramente frente a la multiplicidad de justificaciones para limitar los derechos de los reos, aún más allá de lo que dicta la sentencia. Ello, ha hecho concluir, a Rivera, que estas justificaciones junto con el diverso tratamiento que parecen tener los derechos fundamentales de los presos, genera una devaluación de los mismos, llegando a constituir una calidad de ciudadanos de segunda categoría frente a los ciudadanos comunes y corrientes⁶², apreciación que tiene todo sentido, en tanto ya no parecen ser derechos fundamentales cuyo resguardo es prioritario para el Estado.

⁵⁹ Véase, Cárdenas T., Ana, *Trabajo penitenciario en Chile*, Universidad Diego Portales, 2009. Disponible en <http://www.icsoc.cl/wp-content/uploads/2011/03/TRABAJO-PENITENCIARIO-EN-CHILE-versi%C3%B3n-final-v22.pdf>

⁶⁰ Rivera Beiras, Iñaki, *La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos*. La construcción jurídica de un ciudadano de segunda categoría, José María Bosch editor, Barcelona, 1997, pp. 387.

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² Rivera, op. cit., pp. 387.



Además de las limitaciones ya enunciadas, se suman otras que emanan de la naturaleza de la cárcel, en tanto es una institución total⁶³, que somete al preso a un régimen de vida completamente regulado y forzado y que lo subyuga desde su posición en el espacio, hasta las personas con las que se relaciona⁶⁴, lo que no se puede discutir. Sin embargo, también es cierto que tal comprobación no puede ser excusa para una legalidad escasa y la falta de controles jurisdiccionales como ocurre en la actualidad.

Para finalizar, en esa misma línea, Cuello Calón evidencia que estamos ante sujetos que han vulnerado el sistema y violentado derechos de otras personas y que, por tanto, se encuentran en tal situación como mera consecuencia de sus actos y hasta como equilibrio y orden necesarios⁶⁵ para nuestra convivencia pacífica y funcionamiento del Derecho. Señala, también, que no estamos ante personas con un alto autocontrol y represión de la violencia, ni ante personas que fácilmente acaten las normas, todo lo contrario. Pero concluye diciendo que también es cierto que, en pocas palabras “cuando en el trato penal surge el sentido humano, sólo entonces aparece el acatamiento de la dignidad de la persona del condenado”⁶⁶, logrando generar una postura que reconoce las implicancias jurídicas de cometer un ilícito penal y, a la vez, que la aplicación de las mismas sea acorde a la dignidad y derechos del reo.

2. Derechos y deberes del preso.

Existen, respecto de los derechos de los presos, una serie de reglas y tratados internacionales que los reconocen y que, a su vez, se enriquecen con las interpretaciones que las diversas cortes y juzgados entregan respecto de ellos, creando todo un marco protector del reo que el Estado debe promover y respetar.

i. Derechos y obligaciones reconocidos en tratados internacionales de carácter general:

Los tratados más importantes en esta materia son los siguientes: Convención americana sobre derechos humanos, Pacto internacional de derechos civiles y políticos y su protocolo facultativo, La convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas y degradantes y su protocolo facultativo, Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura, Declaración sobre la

⁶³ Goffman, op. cit. pp. 23

⁶⁴ Guzmán, *La pena y la...* op. cit., pp. 233.

⁶⁵ Cuello Calón, op. cit., pp. 17.

⁶⁶ Ídem, pp 261.



protección contra tortura, Principios de investigación y documentación eficaces contra la tortura y otras penas crueles, inhumanas y degradantes y Principios y directrices básicos de los derechos de las víctimas de violaciones manifiestas de derechos humanos para interponer recursos.

De acuerdo a su calidad de persona el reo conserva todos sus derechos en tanto no hayan sido limitados por la sentencia, por lo que la aplicación de cada uno de estos tratados internacionales es en razón de esta calidad y no de su especial circunstancia de estar privado de libertad. Es claro que de lo anterior se derivan ciertos derechos más importantes para la situación en que se encuentra el reo como el derecho a no ser tratado de forma cruel y degradante, el derecho a que se respete su dignidad, el derecho a la integridad física y psicológica, el derecho a la vida, entre otros.

A su respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha hecho alusión a los mismos en los casos “Montero Arangurén y otros vs. Venezuela”, “Miguel Castro vs. Perú”, “Caso Tibi vs Ecuador”, entre otros, donde se ha dejado claro el criterio en orden a determinar la responsabilidad del Estado por el incumplimiento de estos derechos o por permitir su impunidad.

Además, las cortes internacionales han sido claras en sostener la importancia de los Derechos humanos permitiendo que se interpreten de forma tal que no consideremos una lista taxativa sino que sean éstos complementados con los pronunciamientos de las cortes en esta materia. Así, por ejemplo, al interpretar la protección que debe dar el Estado al preso a través de los mecanismos jurisdiccionales, señala que “el Estado tiene tanto la responsabilidad de garantizar los derechos de los individuos bajo su custodia como la de prever la información y las pruebas relacionadas con lo que suceda al detenido”⁶⁷, cuestión trascendental frente a casos en que el preso no estaba en condiciones de suministrar pruebas que se encontraban sólo bajo la custodia del Estado considerando que mantener esa situación era generar impunidad al responsable de los actos.

ii. Derechos y obligaciones que emanan de tratados específicos respecto de las personas privadas de libertad.

Por las especiales circunstancias en que vive el preso por su encierro y custodia, existen, sin embargo, mayores posibilidades de que se produzcan vulneraciones de derechos como los castigos y apremios ilegítimos, no reconocimiento de los derechos de defensa, malos tratos derivados de la desproporción en la fuerza de los vigilantes, entre otros.

⁶⁷ Ver caso Acosta Calderón vs Ecuador, sentencia del 24 de junio del 2005, párrafo 91.



Razón de esto, se han creado una serie de reglas que tienen por fin regular y prevenir aquellas situaciones, entre las que se destacan las siguientes: Principios básicos para el tratamiento de los reclusos, 1990, Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, Reglas de Ginebra de 1957 y 1977, Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a detención o prisión, Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias y sumarias, Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley.

iii. Derechos y obligaciones reconocidos por la legislación chilena:

Los textos normativos relevantes en esta materia son los siguientes: Constitución política de la República, Código orgánico de tribunales, Código penal, Código de procedimiento penal y código procesal penal, Ley orgánica general de Gendarmería de Chile, Decreto 518: Reglamento de Establecimientos penitenciarios, Decreto 943: Reglamento que establece un estatuto laboral y de formación para el trabajo penitenciario. Otras normas internas: Res. Ex. N° 1.214 de 2007. Establece Normas Respecto a la Aplicación de los Beneficios Intrapenitenciarios y deja sin efecto Documentos que indica⁶⁸ y Res. Ex. N° 0434 de 2007. Aprueba Normas Mínimas para la Regulación de Visitas Íntimas de Internos (as)

A su respecto, no hay normas específicas sobre el reo en los primeros textos de esta enumeración, sin embargo, se aplica lo señalado para todas las personas. Es el Reglamento de Establecimientos penitenciarios el encargado de plasmar la normativa internacional en materia de personas privadas de libertad partiendo por señalar, en su artículo 2°, que “fuera de los derechos perdidos o limitados por su detención, prisión preventiva o condena, su condición es idéntica a la de los ciudadanos libres”. Luego, reconoce el principio de inocencia, el derecho a la defensa, a la vida y la integridad corporal, a recibir atención médica e incluso enuncia que la ejecución penal ha de dirigirse hacia la rehabilitación del preso, entre otros.

iv. Deberes del preso:

En tanto hemos señalado que la calidad de persona del preso permanece íntegra aun luego de la declaración de culpabilidad de un delito por parte de un tribunal competente y de acuerdo a las

⁶⁸ Gendarmería de Chile, Subdirección técnica, *Compendio de normativa institucional relativa a la subdirección técnica*, pp. 242.



garantías del procedimiento y que, además, su calidad jurídica permanece sin mutaciones en cuanto a los derechos que detentaba en libertad salvo, exclusivamente, aquel bien jurídico que fue limitado por la sentencia, es decir, en las penas privativas de libertad, la libertad de elegir su lugar de morada, hemos de entender que también sus deberes u obligaciones permanecen sin cambios.

El reo sigue encontrándose sometido al principio de obligatoriedad de la Ley, plasmado en el artículo 14 del Código Civil en el ámbito del Derecho privado, y el artículo 5° del Código penal, que enuncia: “La ley penal chilena es obligatoria para todos los habitantes de la República, incluso los extranjeros”. Y, por tanto, sigue sometido a la obligación general de respetar el ordenamiento jurídico en su integridad.

En razón de que aun encontrándose en condiciones que no puede controlar en su totalidad sigue siendo un sujeto que convive con otros,- también sujetos de derechos-, en un mismo ambiente, y sometidos a las restricciones antes enunciadas, ha de controlar su comportamiento y evitar nuevas vulneraciones.

Los sujetos con quienes convive el preso y a quienes éste debe respetar, son tanto otros reclusos del recinto penitenciario, como gendarmes y funcionarios penitenciarios encargados de su custodia y/o rehabilitación. Así, si un preso lesiona a un gendarme, no es correcto sostener que por encontrarse en un estado especial no ha de responder penalmente, o ha de responder de acuerdo a procedimientos diferentes al establecido para los crímenes y simples delitos. Encontrándose presentes los elementos constitutivos de delito, y una vez declarado por el juez, éste será delito independientemente del lugar donde se haya cometido.

Sin embargo, es necesario que se establezcan los mecanismos para evitar que, fruto de un mal manejo penitenciario, los reos sumen condena tras condena sin poder salir nunca de un ciclo al que fueron sometidos por las reglas del lugar y que no podían más que seguir para mantener su integridad.

Por último, derivado también de la obligación general de respeto al ordenamiento jurídico, existen deberes particulares que se imponen al reo a diferencia de las personas no privadas de libertad, como son su obligación de permanecer en el establecimiento penitenciario hasta que se cumpla la totalidad de su condena o se modifique esa asignación a través de los procedimientos establecidos para ello, la sujeción a las normas del régimen interno y utilización adecuada de los materiales e instalaciones, entre otros.



III.El Estado en la relación carcelaria.

1. El Estado como ente abstracto a nivel nacional e internacional.

En cuanto al Estado como sujeto de la relación carcelaria en Chile, jurídicamente no existen muchas herramientas para determinar su responsabilidad. Usualmente, lo que se emplea para subsanar condiciones vulneradoras de derechos, es el Recurso de Amparo y, cuando es procedente, el Recurso de Protección, ya que lo que tradicionalmente se alega es sobre irregularidades ante la aplicación de sanciones, la falta de atención médica oportuna, apremios ilegítimos y malos tratos, solicitudes de libertad condicional, rebajas de condena, traslados, entre otros⁶⁹.

Un mecanismo más especializado que ha acaparado la atención de quienes se dedican al Derecho administrativo los últimos años, es la responsabilidad del Estado por falta de servicio, no obstante, existen pocos pronunciamientos favorables que permitan prever que aquél vendría a solucionar las condiciones en que habitan actualmente los presos en Chile.

A nivel de política interna no es mucho más alentador el panorama al considerar que los intentos por solucionar una de las críticas más comunes al sistema de ejecución, es decir, la falta de una Ley de ejecución penal, han fallado⁷⁰ y el único momento en el cuál la ciudadanía empatizó con esta situación,- el incendio a la cárcel de San Miguel-, parece haber quedado en el olvido. Luego, a nivel comparado, Francia⁷¹ e Italia, ante la situación de hacinamiento de sus cárceles, debaten sobre una renovación de las mismas y ha surgido entre sus voces, la posibilidad de instaurar un *numero clausus* en sus cárceles para permitir aquel plan, esto es, no permitir que se ocupen más plazas de las que se dispone, priorizando el encierro de los condenados más peligrosos.

No obstante esta idea puede parecer extrema y hasta imposible en nuestro país,- y aun en Europa,- no es del todo original: La Corte Suprema de Estados Unidos, desde el año 2011, ha

⁶⁹ Véase, Unidad de Defensa penal juvenil y defensas especializadas, Defensoría Penal Pública, *Informe de Jurisprudencia*. Defensa Penitenciaria, julio 2013.

⁷⁰ A la fecha, han existido dos anteproyectos tendientes a suplir tal carencia: el primero, denominado *Anteproyecto para la reforma del sistema de penas y su ejecución en Chile*[□], encargado al entonces profesor Manuel de Rivacoba y Rivacoba, durante el Gobierno del ex Presidente Eduardo Frei Ruiz- Tagle, en 1994; el segundo, denominado *Propuesta normativa anteproyecto de Ley de derechos y deberes de las personas privadas de libertad y ejecución penal*, encargado a una comisión especial para su redacción durante el gobierno de la ex Presidenta Michelle Bachellet, en 2005.

⁷¹ Véase prensa de la zona, por ejemplo, Diario El país on line:
http://elpais.com/elpais/2012/12/08/opinion/1354993288_106045.html.



ordenado en reiteradas ocasiones a los Estados federales que, para el resguardo de los derechos de los presos, reduzcan el número de detenidos en sus cárceles, al concluir que el hacinamiento es la principal razón por la que los servicios básicos prestados, como la atención médica, no son proporcionados. Más aun, se ha solicitado por parte del Estado de California la ampliación del plazo fijado para ello, es decir, dos años, no encontrando una respuesta favorable por parte de la Corte⁷². Con ello, la Corte demuestra cómo se pueden tomar medidas eficaces para velar por el respeto a los derechos de las personas, aun cuando éstas sean antipopulares o extremas.

Por su parte, la tradición occidental continental, y fundamentalmente Latinoamérica, se ha hecho cargo de los problemas de la ejecución penal a través del Derecho Internacional de los Derechos humanos⁷³, cuya protección es obligatoria por parte de los Estados ante las Cortes internacionales, fundamentalmente Corte Interamericana de Derechos Humanos y Corte Europea de Derechos Humanos-, pudiendo generar la responsabilidad de éste por sus infracciones u omisiones.

El Derecho internacional de los Derechos humanos surge, así, como la vía idónea para determinar la responsabilidad del Estado a través de sus diversos organismos por la vulneración de los derechos del preso. En este sentido, existen sentencias esclarecedoras de los tratados internacionales, enunciados en el apartado de los derechos de los presos, en cuanto a la determinación de las obligaciones del Estado y el alcance de las prerrogativas del reo frente a este⁷⁴, sentencias que, por ser parte del *Inscogens*, son aplicables a todos los países sometidos a la jurisdicción de estas cortes⁷⁵.

En cuanto a la determinación de las obligaciones del Estado y su responsabilidad, las cortes han determinado que el Estado es responsable, en su condición de garante de los derechos consagrados. Es así, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que “La Corte ha establecido que el Estado es responsable, en su condición de garante de los derechos consagrados en la

⁷² Para profundizar, se puede ver el Caso Brown, gobernador de California, y otros, vs. Plata y otros, 23 de mayo del 2011.

⁷³ Véase, Instituto Nacional de Derechos Humanos, *Estándares internacionales en materia de personas privada de libertad*. Y condiciones de los centros penitenciarios: sistematización, análisis y propuestas, 1ª edición, Santiago de Chile, Diciembre 2012.

⁷⁴ Como guía, puede verse Castro, Álvaro; Cillero Miguel y Mera, Jorge, *Derechos fundamentales de los privados de libertad*. Guía práctica con los estándares internacionales en la materia, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2010.

⁷⁵ La Corte Interamericana de Derechos Humanos recuerda esto en la sentencia del 7 de septiembre de 2004, Caso *Tibi vs Ecuador*, párrafo 144, al señalar: “al dar interpretación a un tratado no sólo se toman en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con éste (inciso segundo del artículo 31 de la Convención de Viena), sino también el sistema dentro del cual se inscribe (inciso tercero del artículo 31)”.



Convención, de la observancia del derecho a la integridad personal de todo individuo que se halla bajo su custodia⁷⁶. Más aun, se encuentra en una posición especial de garante frente a las personas privadas de libertad, toda vez que ejerce un fuerte control o dominio sobre tales⁷⁷.

Luego, de forma ejemplar, la misma Corte señala como obligación estatal la de garantizar la seguridad y mantener el orden público dentro de las cárceles, enunciando que el poder estatal no es ilimitado sino que debe estarse a los derechos fundamentales de la persona⁷⁸.

En esa línea, es cosa de tiempo para que exista una sentencia condenatoria al Estado de Chile en el mismo orden que las aludidas y será desde ese momento en que se comiencen a preocupar de velar por los derechos de los presos o, en otros términos, por sus bienes jurídicos vulnerados por la Administración.

2. El Estado a través de sus órganos e instituciones en la etapa de ejecución penal.

En cuanto a la forma que el Estado tiene de hacer ejecutar una sentencia penal, siempre se auxiliará, formalmente, de uno o varios órganos o instituciones encargados de esta labor. Estos órganos pueden ser tanto públicos, los más usuales, como privados⁷⁹, encontrando, a nivel mundial, órganos jurisdiccionales, administrativos, de vigilancia o custodia y otros auxiliares. Para el propósito de determinar la naturaleza jurídica de la relación penitenciaria y de las normas que regulan la ejecución penal en Chile, dos de ellos son los más relevantes: los órganos jurisdiccionales y los órganos administrativos.

i. Órganos jurisdiccionales:

Como ya se señaló, el rol del juez es determinar la sentencia y con ello limitar derechos y libertades del individuo legítimamente, pero también, como contrapartida, tutelar los derechos que sobreviven a esas limitaciones, hasta la completa ejecución de la condena.

En nuestra legislación, el artículo 9º del Código procesal penal chileno plasma, en su inciso primero, que *“Toda actuación del procedimiento que privare al imputado o a un tercero del ejercicio de los derechos*

⁷⁶ Ver caso Miguel Castro vs Perú, cit. Párrafo 273.

⁷⁷ Ver caso Montero Arangueren y otros vs Venezuela, sentencia del 5 de julio del 2006, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

⁷⁸ Ver caso Miguel Castro cit.

⁷⁹ Véase, por ejemplo, Arriagada Gajewski, Isabel, *Cárceles privadas: la superación del debate costo- beneficio*, en *Política criminal*, vol. 8, N° 15, Julio 2013, pp. 210- 248.



que la Constitución asegura, o lo restringiere o perturbare, requerirá de autorización judicial previa”. Así, el procedimiento penal implica tanto la decisión definitiva para la solución de un conflicto penal como el efecto vinculante que este genera, y entre sus etapas se encuentra, sin lugar a dudas, la ejecución de la sentencia. Acorde a esto encontramos el artículo 1° del Código Orgánico de Tribunales que señala, claramente, que: “La facultad de conocer las causas civiles y criminales, de juzgarlas y de hacer ejecutar lo juzgado pertenece exclusivamente a los tribunales que establece la ley.”

A diferencia de Chile, son múltiples los sistemas de ejecución en el mundo que cuentan con una jurisdicción especializada, es decir, con jueces de ejecución de penas, jueces de vigilancia o Tribunales de ejecución penal, entre los que destacamos Bolivia⁸⁰, Argentina⁸¹, Brasil⁸² y España⁸³, por ser semejantes a nuestra realidad jurídica. Tal sistema, a rasgos generales, implica que los conflictos que se generan entre la Administración y un penado, así como los conflictos que estos puedan tener con otros particulares, habiten dentro del mismo establecimiento penitenciario o no, son resueltos por un juez especializado en asuntos penitenciarios, independiente e imparcial y que debe seguir un procedimiento especial en su labor.

Así, no obstante en nuestro actual marco de ejecución, teóricamente, es el Juez de Garantía el encargado de cautelar los derechos del reo dentro del proceso penal, su imposibilidad material de hacerse cargo de todas las tareas que le son encomendadas y su falta de capacitación especializada en esta área, deja espacio a la posibilidad de que, en la práctica, sea la propia Administración la que se encargue de tal función limitada, a lo sumo, por el ejercicio de algunos derechos fundamentales protegidos y exigidos a través de los recursos de amparo y protección.

Si vemos a nivel superficial el Reglamento de establecimientos penitenciarios, encontraremos desperdigadas un sin número de atribuciones que se otorgan a la Administración. Desde el artículo 9,

⁸⁰ Human Rights Watch, *Informe mundial 2013; Brasil*. Enero 2013.

⁸¹ Véanse, por ejemplo, García Bassalo, J. Carlos, *El régimen penitenciario argentino*. Antecedentes, Ley penitenciaria, aplicación, ediciones Librería del jurista, Buenos Aires, 1975; Rivera Beiras, Iñaki, *Los derechos fundamentales de los reclusos*. España y Argentina, Editores del Puerto, 1999.

⁸² Véanse, por ejemplo, Lauria Ferreira, Carlos Lélio, *Lei de execucao penal em perguntas e respostas*, Editora forense, Río de Janeiro, 2005; Heisel, Andrea, Montaña, Carmen y Rolón Luna, Jorge, *Legislación penitenciaria y de ejecución penal en el Derecho comparado*, en *Colección de Derecho penitenciario y ejecución penal*, Ministerio de Justicia y trabajo, Gobierno de Paraguay, 1ra edición, 4 vol., 2003, pp. 183- 224.

⁸³ Véanse, por ejemplo, Cuello, op. cit. y Fernández García, Julio, *El presente de la ejecución penitenciaria*. XXV aniversario de la Ley Orgánica General Penitenciaria, en *La reforma penal a debate*. Coordinadores María Rosario Diego Díaz- Santos, Eduardo Caparros y Carmen Rodríguez Gómez. XVI Congreso Universitario de alumnos de Derecho penal, Salamanca, 2004.



que señala la posibilidad de los internos de dirigirse a las autoridades competentes tanto en reclamaciones como quejas relativas a su tratamiento o al régimen del establecimiento, pasando por la distribución interna de los presos en los distintos módulos del recinto, regulados por una resolución del Director Nacional de Gendarmería de Chile (artículo 28), hasta los horarios de actividades, de jornada diaria y de alimentación, regulados por una resolución del Director Regional de la misma institución. No encontrando, ni la más mínima remisión a los tribunales de justicia para la resolución de conflictos y, mucho menos, al juez de garantía.

A mayor abundamiento, esta fuerte presencia y poder decisorio que tiene el órgano administrativo en nuestro país ante los tribunales de justicia se ha visto acrecentado por una resolución del pleno de la Corte Suprema, en 2007, que instruye a los jueces criminales del país a abstenerse de designar el establecimiento penitenciario donde se debe detener a un imputado porque “entorpece la labor administrativa de Gendarmería de Chile”⁸⁴. Esta resolución se ha transformado en un punto importante para sostener que el Derecho penitenciario chileno tiene naturaleza administrativa y no jurisdiccional o penal, tal como se venía planteando.

No obstante Manuel de Rivacoba consideraba que la naturaleza de la ejecución penal era precisamente sustantiva, el beneficio de incorporar un sistema de doble instancia de control en la etapa de ejecución se hace presente en el Anteproyecto para la reforma del sistema de penas y su ejecución en Chile, antes mencionado. A grandes rasgos existiría una primera etapa, de control administrativo y, frente a la disconformidad con tal resolución, una segunda etapa, de control jurisdiccional, encargada a tribunales de ejecución especializada. Todo ello, sin perjuicio de la posibilidad de recurrir ante el juez de ejecución penal cuando este estime que la persona privada de libertad no está en condiciones de ejercer los derechos y garantías consagrados en la Constitución Política, y los tratados internacionales.

Sin embargo, como ya he sostenido en capítulos anteriores, la importancia de tener un tribunal o juez de ejecución y los correspondientes procedimientos que impliquen un control efectivo por parte de la judicatura, no implican necesariamente que la naturaleza de la ejecución penal sea jurisdiccional sino que simplemente es reflejo de la necesidad del Derecho sustantivo de auxiliarse del procedimiento para hacerse efectivo.

⁸⁴ Véase: Resolución del 17 de diciembre del 2007, recurso: instrucción pleno de la Corte Suprema, libro: Pleno, antecedentes administrativos N° 1303-2007.



ii. Órganos administrativos:

Sin duda, el órgano más fuerte en la etapa de ejecución penal chilena, en la actualidad, es el órgano administrativo, es decir, Gendarmería de Chile, lo que hace pensar, con todo sentido, que la etapa de ejecución penal es de naturaleza administrativa y por tanto, sometida a sus normas. Sin embargo, es la misma legislación administrativa la que no nos ofrece claridad respecto de su extensión y limitaciones.

La Ley orgánica de Gendarmería de Chile define a esta institución como “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”⁸⁵. Además, el artículo 3° del Reglamento de Establecimientos penitenciarios señala que cuando nos refiramos a “Administración” estaremos hablando de Gendarmería de Chile. Luego, la propia Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, señala que “los servicios públicos son órganos administrativos encargados de satisfacer necesidades colectivas, de manera regular y continua”⁸⁶.

No hay que olvidar que la ejecución es una etapa del procedimiento penal compleja, donde intervienen múltiples actores de acuerdo a una amplia variedad de funciones. Su complejidad viene dada, además, por todo lo que rodea la restricción de bienes jurídicos legítimamente y, aún más, por los problemas que la restricción de bienes jurídicos no establecidos en la sentencia, acarrea. No es, por tanto, una etapa fácilmente analizable por lo que se ha llegado al punto de sostener que su naturaleza es mixta o *sui generis*.

Luego, de acuerdo a esa realidad, se crean necesidades que no son posibles de suplir por parte de los individuos en tanto es el mismo ordenamiento jurídico el que se los prohíbe. Por ejemplo, en cuanto a que la posibilidad de tener un trabajo remunerado se somete a una serie de requisitos que hace pensar que es más bien un beneficio que un derecho y tal circunstancia impide que el preso pueda solventar las necesidades económicas que surgen inevitablemente de los requerimientos materiales de la vida diaria, y más aún, considerando que ni siquiera tiene acceso a un mercado libre donde pueda ocupar voluntariamente lo que ese trabajo le reporte, volviéndose dependiente de lo que

⁸⁵ Artículo 1 de la Ley orgánica de Gendarmería de Chile, Decreto Ley 2859, de 1979.

⁸⁶ Artículo 25 de la Ley orgánica constitucional de bases generales de la Administración del Estado, N° 18.575.



familiares, amigos u otras organizaciones pueda proporcionales o bien, de lo que el Estado a través de la Administración le entregue.

La imposibilidad de autoabastecerse de los recursos materiales necesarios en la vida cotidiana puede generar, incluso, que aun las cosas más básicas como comer una manzana, lavarse los dientes con una determinada pasta, o tener acceso a toallas íntimas por parte de las mujeres, se torne algo trascendental y surja el mercado clandestino. De acuerdo a la definición de servicio público, sería la administración penitenciaria la encargada de proporcionar todo aquello.

Sin embargo, poco o nada dice la Ley orgánica de Gendarmería, en tanto órgano administrativo, al señalar sus funciones y referirse a sus labores sino que, más bien, el artículo primero se halla perdido entre normas que se orientan a la vigilancia, custodia y restricciones a quienes ingresan a los recintos penitenciarios, sin orientarse desde ningún punto de vista a la satisfacción de necesidades del preso. A modo ejemplar, el artículo 19 inciso segundo de la misma, regula la adquisición, producción y elaboración de bienes manufacturados por los internos diciendo que “en el caso que se utilicen servicios o bienes de los establecimientos penitenciarios, dicho reglamento deberá establecer normas de compensación para Gendarmería, por las expensas en que se incurra por este concepto”, lo que a todas luces no tiene nada que ver con el apoyo de recursos hacia los internos.

Luego, el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, establece con más claridad los derechos y deberes de los internos y de la administración, así como las formas de proceder ante las diferentes actividades que se realicen dentro del recinto. Sin embargo, se confunden las labores de vigilancia con las labores de satisfacción de necesidades encontrándose todas subordinadas a una misma jefatura técnica, encomendando a quienes estén a cargo de los establecimientos penitenciarios desde la “la ordenación de la convivencia adecuada”, la reinserción, la asistencia médica, religiosa y social, entre otras, hasta la vigilancia del recinto de todo aquel que ingrese a ellos⁸⁷.

Luego, se podría sostener que las funciones que se han encomendado a Gendarmería de Chile se centran más bien en la vigilancia y seguridad de los recintos que en la satisfacción de necesidades o, incluso, que cualquier otra labor que se encomiende a la Administración, como la reinserción social.

⁸⁷ Artículo 10 del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios.



Es así que en esta institución conviven tanto “uniformados” como “profesionales”⁸⁸, cuyas formaciones educativas son distintas y cuyas labores y objetivos han de ser también distintos y que, inevitablemente, generan dos visiones divergentes al interior del penal: una teniendo a la rehabilitación del interno y la otra a su custodia y vigilancia⁸⁹. A pesar de ello, Gendarmería, bajo una misma jefatura y con los mismos recursos, se encarga de ambas labores y “las demás funciones que le señale la ley”⁹⁰.

IV. Breves conclusiones del capítulo

Primero, de la identificación de dos visiones divergentes sobre el reo, se puede apreciar, por tanto, que tales visiones se cuelean por diversos cuestionamientos que vienen a formar una red argumentativa que no puede desentenderse entre sí; se vinculan las teorías de la ejecución penal, las teorías de la pena y de la relación penitenciaria, junto con las convicciones e ideologías de quienes las alegan. El problema viene a darse, entonces, cuando en un ámbito, los actores jurídicos reconocen una línea argumentativa y, en otro ámbito, se desentienden de lo antes dicho y reconocen una diversa, no generando armonía en la aplicación de las mismas. Es así que no obstante el reconocimiento de los derechos del preso cobra hegemonía ante los tratados internacionales y cortes penales, la teoría administrativa y de la relación de sujeción especial, sigue siendo reconocida por los mismos entes para fallar, generando confusiones y poca armonía interpretativa en cuanto a lo que puede exigir el preso y a cuál debe ser el actuar del Estado.

Segundo, de los tratados internacionales en la materia y los pronunciamientos de las cortes internacionales, se desprende que el preso conserva los derechos que la sentencia no restringe, sobre todo la posibilidad de ejercer sus derechos fundamentales íntegramente por lo que no pueden ser argumentadas razones materiales, de escasez de recursos, entre otras, para negar su reconocimiento o vulnerarlos directamente.

⁸⁸ La referencia a la convivencia entre “uniformados” y “profesionales” como una particularidad que no se ve en otras instituciones fue señalada por el Alcaide del Penal de Valparaíso, quien inició de esa forma su discurso de bienvenida en el Seminario “Incidencias de la criminología en el Sistema penitenciario” organizado por Gendarmería de Chile el día 29 de mayo del 2013, en la sede de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso.

⁸⁹ Esta doble visión también se identifica con la antes señalada en el apartado sobre el preso como sujeto de derechos o como infractor de la legalidad, en conjunto con el entramado de cuestiones jurídicas y fácticas que se han de resolver para tener una orientación armoniosa.

⁹⁰ Artículo 1° Ley orgánica de Gendarmería de Chile.



Tercero, en cuanto a la responsabilidad del Estado como ente abstracto, queda de manifiesto que aun cuando no exista aun una sentencia condenatoria al Estado de Chile por las condiciones de sus cárceles, es cosa de tiempo para que ello suceda si no se reconoce la calidad de sujeto de derechos del reo y se aplican políticas públicas que se orienten a ello.

Cuarto, de lo anterior se concluye que el sistema penitenciario que se establezca debe garantizar y estructurarse de acuerdo al respeto de tales derechos, por lo que al tomar una postura sobre la naturaleza jurídica de la ejecución penal y de las normas que regulan la relación carcelaria, también se debe atender a ellos.

Quinto, del análisis de los órganos más importantes en materia de ejecución penal y sus atribuciones, la teoría más reconocida sobre la naturaleza jurídica de la ejecución penal chilena, es la administrativa, de la mano de la teoría de la relación de sujeción especial, no obstante las normas que regulan su contenido se centran casi exclusivamente en materias de vigilancia y sanción y no regulan otras funciones propias de la administración como la satisfacción de necesidades del preso o la reinserción social.

Sexto, en cuanto a los Tribunales de Justicia, no obstante se puede desprender su obligación de tutela de las normas generales, no existe unanimidad en cuanto a exigir tal como obligación práctica en materia de ejecución. Más aun, la falta de recursos y de una normativa y procedimientos claros a su respecto, imposibilitan que quienes deseen cumplir con tal función puedan hacerlo de forma constante y permanente.



CONCLUSIONES FINALES

De las teorías de la naturaleza jurídica de la ejecución penal, las dos que se presentan con mayor fuerza son la teoría penalista o sustantiva y la teoría administrativa o material. A su vez, de la mano de estas dos teorías, se desarrolla la teoría de la relación de derechos y obligaciones, junto con la primera, y la teoría de la relación de sujeción especial, de la segunda.

Enfrentadas ante el estudio abstracto de sus consecuencias, la teoría penalista es aquella que suple de mejor forma las necesidades de la ejecución penal en tanto es protectora de bienes jurídicos y cuenta, para ello, con una serie de principios y reglas ya reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico. A su vez, el reconocimiento de los derechos del preso por parte de diversos tratados internacionales y de las cortes internacionales de justicia, refuerzan tal postura.

No obstante lo anterior, es fundamental reconocer que para la adecuada protección de los derechos de las personas no basta con la labor de una institución especializada en las circunstancias de los presos sino que se requiere la cooperación armoniosa entre todos sus actores. Así, no podría concebirse ejecución penal sin intervención de la Administración del Estado como tampoco sin Tribunales especializados, lo que no obsta a que los principios y reglas que primen y orienten su labor, así como que limiten sus atribuciones, sea aquella que desde antaño ha estado direccionada a la protección de bienes jurídicos: el Derecho penal sustantivo.

A pesar de ello, hoy, quien tiene la hegemonía del poder en la etapa de ejecución penal es, sin duda, la teoría administrativa de la mano con la teoría de la relación de sujeción especial. Gendarmería de Chile, como organismo administrativo, cuenta con el monopolio de las facultades para intervenir en esta etapa. No obstante se encuentra limitada por lo antes planteado, existen escasos mecanismos de fiscalización y resguardo para el preso, quien, sin un mejor control jurisdiccional donde acudir, se ve sometido a su discrecionalidad y conocimientos. A su vez, ha quedado demostrado que su función actual es de mera vigilancia, quizás, por la formación que sus altos mandos tienen en el área, pero no satisface, y no puede hacerlo, los requerimientos que un Estado de Derecho impone en nuestros días.

Entonces ¿cuál es la naturaleza jurídica de las normas que regulan la relación penitenciaria en Chile? Claramente la administrativa, pues Gendarmería de Chile es el único órgano que cuenta con



todas las facultades para intervenir en esta etapa, pero desde el estudio de sus funciones, queda claro que el único que cuenta con el desarrollo necesario y las herramientas para acercarnos, como país, a mejorar el sistema de ejecución de penas es el Derecho penal junto con el reconocimientos de los derechos del preso, en tanto su calidad de persona.

BIBLIOGRAFÍA

Arriagada Gajewski, Isabel, *Cárceles privadas: la superación del debate costo- beneficio*, en *Política criminal*, vol. 8, N° 15, Julio 2013.

Artaza Varela, Osvaldo y Palacio Martínez, Marcela, *De las libertades del régimen penitenciario: su afectación, teoría de los derechos fundamentales, la pena y el tratamiento penitenciario, control jurisdiccional de la ejecución de las penas privativas de libertad*, Editorial Jurídica del Congreso, Santiago de Chile, 2006.

Cárdenas T., Ana, *Trabajo penitenciario en Chile*, Universidad Diego Portales, 2009.

Carnelutti, Francesco -*Las miserias del proceso penal*, Ediciones jurídicas Europa- América, Buenos Aires, 1959.

-*Estudios de Derecho Procesal*, Ediciones Jurídicas Europa- América, Buenos Aires, 1952.

- *Cuestiones sobre el proceso penal*, Ediciones jurídicas Europa- América, Buenos Aires, 1961.

Castro, Cillero y Mera, *Derechos fundamentales de los privados de libertad*. Guía práctica con los estándares internacionales en la materia, Ediciones Universidad Diego Portales, 2010.

CIDH, *Caso Tames c. Brasil*, párr. 39, en ALTO Oficina Regional para América Latina y el Caribe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Derecho Internacional de los derechos humanos*, Santiago, 2007, 2ª edición.

Cuello Calón, Eugenio, *Moderna Penología*, tomo I, Casa editorial Bosch, Barcelona, 1958.

Cury, Enrique, *Derecho penal*. Parte general, 8ª edición, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2005.

Diccionario de la Real Academia española, 22ª edición, 2001.

Fernández García, Julio, *El presente de la ejecución penitenciaria*. XXV aniversario de la Ley Orgánica General Penitenciaria, en *La reforma penal a debate*. Coordinadores María Rosario Diego Díaz- Santos, Eduardo Caparros y Carmen Rodríguez Gómez. XVI Congreso Universitario de alumnos de Derecho penal, Salamanca, 2004.



Foucault, Michel, *Vigilar y castigar*. Nacimiento de la prisión (Traducción de Aurelio Garzón del Camino), Siglo XX Editores, Buenos Aires, 1ª edición, 1ª reimpresión, 2002.

Gallego Anabitarte, Alfredo, *Las relaciones especiales de sujeción y el principio de legalidad*, en *Revista de Administración pública*, Enero- Abril XII, España, 1961.

García Bassalo, J. Carlos, *El régimen penitenciario argentino*. Antecedentes, Ley penitenciaria, aplicación, ediciones Librería del jurista, Buenos Aires, 1975.

García Ramírez, Sergio y Morales Sánchez, Julieta, *Consideraciones sobre el principio de legalidad penal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* en *Revista mexicana de Derecho constitucional*, N° 24, enero- junio, 2011.

Garrido Guzmán, Luis, *Manual de Ciencia penitenciaria*, Edersa, Madrid, 1983.

Gendarmería de Chile, Subdirección técnica, *Compendio de normativa institucional relativa a la subdirección técnica*.

Goffman, Erving, *Internados*. Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales, Amorrortu editores, Buenos Aires, 1998.

Guzmán Dalbora, José Luis,

- *Consideraciones críticas sobre el Reglamento penitenciario chileno*, en separata de *De las penas*. Homenaje al profesor Isidoro de Benedetti, Depalma, Buenos Aires, 1997.
- *La pena y la extinción de la responsabilidad penal*, Editorial IBdeF, Montevideo- Buenos Aires, 2008.

Heisel, Andrea, Montanía, Carmen y Rolón Luna, Jorge, *Legislación penitenciaria y de ejecución penal en el Derecho comparado*, en *Colección de Derecho penitenciario y ejecución penal*, Ministerio de Justicia y trabajo, Gobierno de Paraguay, 1ra edición, 4 vol., 2003.

Herrera Ávila, José, *El Derecho de ejecución penal de cara al presente siglo*. Problema, orientaciones, retos y perspectivas, en: *Centro de estudios de Derecho penitenciario*. Revista electrónica, año 1, N°1, 2011.

Hormazabal Malaree, Hernán, *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho*. El objeto protegido por la norma penal, 2da edición, Editorial jurídica Cono Sur, Santiago de Chile, 1992.

Human Rigths Watch, *Informe mundial 2013; Brasil*. Enero 2013.

Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente, *Informe sobre los sistemas penitenciarios de los países de América Latina producido por las funcionarias y funcionarios del pueblo y comisionados de Derechos humanos*. Elaborado en ocasión del “Seminario internacional de profundización y evaluación del programa sistemas penitenciarios y derechos fundamentales ILANUD/RWI 2005- 2008”, realizado en San José de Costa Rica del 17 al 22 de noviembre del 2008.

Jellinek, Georg, *Teoría general del Estado*, Librería general de Victoriano Suárez, Madrid, 1914.

Kaufmann, Hilde, *Principios para la reforma de la ejecución penal*, Depalma, Buenos Aires, 1977.



Kendall Craig, Stephen, *Tutela judicial efectiva en la relación jurídica penitenciaria*, Librotecnia, Santiago de Chile, 2010.

Künsemüller Loebenfelder, Carlos, *La judicialización de la ejecución penal*, en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° XXVI, semestre I, Valparaíso, Chile, 2005.

Lauria Ferreira, Carlos Lélio, *Lei de execucao penal em perguntas e respostas*, Editora forense, Río de Janeiro, 2005.

Manzini, Vincenzo, *Tratado de Derecho procesal penal*, tomo I y V, Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1954.

Mapelli Caffarena, Borja,

- *El sistema penitenciario, los derechos humanos y la jurisprudencia constitucional*, en *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*.

- *Las consecuencias jurídicas del delito*, cuarta edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2005.

Mera Figueroa Jorge y Couso Salas, Jaime, *Boletín jurídico del Ministerio de Justicia*, Año 2/N° 4-5, noviembre del 2003, cfr. pp. 116.

Ministerio Público, *Boletín estadístico anual*, enero 2014.

Muñoz, Francisco y García, Mercedes, *Derecho penal*. Parte general, 2da edición, Editorial Lo Blanch, Valencia, 1996.

Novelli, Giovanni, *Rivista di diritto penitenziario*. Studi teorici e pratici, Vol. IV, 1933.

Quilodrán, Ana Luisa, *La ejecución jurisdiccional de las penas*, En especial las penas privativas de libertad (tesis para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas). Profesores guías: Raul Tavolari y Claudio Meneses, Universidad de Valparaíso, 2006.

Racionero Carmona, Francisco, *Derecho penitenciario y privación de libertad*. Una perspectiva judicial, Dykinson, Madrid, 1999.

Radbruch, Gustav, *La naturaleza de las cosas como forma jurídica del pensamiento*, Universidad Nacional de Córdoba, España, 1ra edición, 1963.

Rivacoba y Rivacoba, Manuel de,

- *El Derecho de ejecución de las penas y su enseñanza*, en: *Revista penal penitenciaria*, N° 3-4, 1965.

- *Función y aplicación de la pena*, Depalma, Buenos Aires, 1993.

Rivera Beiras, Iñaki, *La cuestión carcelaria*. Historia, Epistemología, Derecho y Política penitenciaria, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006.

Rodríguez Magariño, Faustino, *La relación jurídico- penitenciaria bajo la óptica del derecho administrativo*.

Stippel, Jorg Alfred, *Acceso a la justicia en materia penitenciaria*. Una deuda pendiente y un desafío para el futuro, en *Segunda reunión de autoridades responsables de las políticas penitenciarias y carcelarias de los Estados miembros de la OEA*, 26 y 28 de Agosto del 2008, Valdivia, Chile.



Suay, Celia, *Refutación del Ius puniendi*, en el *Homenaje al Dr. Mariano Barbero Santos in memoriam*, tomo I, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Ediciones Universidad Salamanca, Cuenca, 2001.

Téllez Aguilera, Abel, *Novelli y su tiempo*. Una aproximación a los orígenes y al concepto de Derecho penitenciario, en *Revista de Estudios Penitenciarios*, N° 255, Madrid, 2011.

Unidad de Defensa penal juvenil y defensas especializadas, Defensoría Penal Pública, *Informe de Jurisprudencia*. Defensa Penitenciaria, julio 2013.

Valenzuela, Jonathan Mauricio,

- *Estado actual de la reforma al sistema penitenciario en Chile*, en *Revista de estudios de la Justicia*, N° 6, Universidad de Chile, 2005.
- *La pena como penitencia secular*. Apuntes sobre el sentido de la ejecución penal, en *Revista de Derecho*, Vol. XXIII, N° 1, julio 2010.

Vera, Robustiano, *Lo que es la cárcel en Chile*, 1890.

Von Liszt, Franz, *Tratado de Derecho penal*, tomo I, Hijos de Reus editores, Madrid, 1916.

Welzel, Hans, *Derecho penal alemán*, Editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1976, cfr. pp. 338.

Wilde, Oscar, *La balada de la cárcel de Reading*. Traducción de Mario Reyes Suárez. El Áncora editores, Bogotá, 1998, verso 17, pp. 39.