



Universidad de Atacama
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Carrera de Derecho

**Relación jurídica penitenciaria: propuestas normativas para
el mejoramiento del régimen cerrado en centros de
cumplimiento penitenciarios**

Héctor Javier Rivera Fuenzalida.

2023



Universidad de Atacama
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Carrera de Derecho

**Relación jurídica penitenciaria: propuestas normativas para el
mejoramiento del régimen cerrado en centros de cumplimiento
penitenciarios**

Memoria presentada en conformidad a los requisitos para obtener el grado de
Licenciado en Ciencias Jurídicas

Héctor Javier Rivera Fuenzalida.
Prof. guía: Mario Durán Migliardi.

2023

*A mi Madre que me enseñó la empatía
y que siempre se puede ser una mejor persona,
a mi Padre por enseñarme de perseverancia y
a mi familia por su incondicional aliento*

INDICE

INTRODUCCIÓN.....	5
CAPITULO I: ASPECTOS GENERALES DEL DERECHO PENITENCIARIO	8
1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS	8
2. CONCEPTUALIZACIÓN DE DERECHO PENITENCIARIO.....	11
3. NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO PENITENCIARIO	13
4. CARACTERÍSTICAS DE LA RELACIÓN JURÍDICA PENITENCIARIA	17
1. EL INTERNO: PIEDRA ANGULAR DEL DERECHO PENITENCIARIO.....	21
A. GENERALIDADES RESPECTO DEL INTERNO	21
C) OBLIGACIONES DENTRO DEL SISTEMA CARCELARIO	26
D) SANCIONES FRENTE A LAS FALTAS DENTRO DEL CENTRO DE CUMPLIMIENTO PENITENCIARIO	29
2. GENDARMERIA DE CHILE: ENTE PROTAGONISTA ENCARGADO DEL CENTRO PENITENCIARIO	30
A) DERECHOS ASEGURADOS POR LA LEY Y LAS INSTITUCIONES.....	31
B) OBLIGACIONES DENTRO DEL SISTEMA PENITENCIARIO	33
C) SANCIONES FRENTE A LAS FALTAS COMETIDAS POR FUNCIONARIOS DENTRO DE LAS INSTALACIONES	35
1. CODIFICACIÓN DEL DERECHO PENITENCIARIO	38
A) PRINCIPIOS ORIENTADORES	40
CONCLUSIÓN.....	56
BIBLIOGRAFÍA.....	59

INTRODUCCIÓN

El propósito de esta tesis radica en conocer tópicos respecto al Derecho Penitenciario, comenzando en primer lugar con una breve introducción histórica respecto de las cárceles y su evolución con el avanzar de la historia, hasta llegar a la instalación de unos recintos penitenciarios más importantes del país, como lo es la actual Ex Penitenciaría de Santiago, junto con su implementación las primeras formas en las cuales se regulaba la relación entre los condenados y quien estaba a cargo del lugar.

En relación con este concepto, comenzaremos intentando comprender el debate doctrinal en el que esta temática se encuentra, problemas para dar con un sólido concepto que facilite su mejor comprensión y una idónea aplicación en nuestro ordenamiento jurídico.

Aún con este complejo panorama, encontramos autores que se ha encargado de hacer avanzar el tema y rescatarlo de una larga discusión, más aún frente a la crisis que afecta a la cárceles en nuestro país, las que necesitan con urgencia un tratamiento especial y específico que ayude a resolver dicha crisis. Esta discusión abarca gran parte del primer capítulo de esta investigación.

La naturaleza jurídica del Derecho Penitenciario es otro punto que no se encuentra definido a cabalidad. Al no ser un disciplina autónoma, lo hace por defecto dependiente de alguna otra rama del Derecho. Esto supone un problema, debido a que el Derecho Penitenciario actualmente se encuentra disperso en nuestro ordenamiento jurídico y lo es también así con el área en el que se encuentra contenido. El Derecho Administrativo, Derecho Penal e, incluso, el Derecho Procesal, parecen ser las destinadas, según la doctrina, a amparar al Derecho Penitenciario.

Todo esto deberá encaminar a un pequeño análisis respecto a las posibles características que presentan estos dos términos, en donde lo entregado por los autores citados en lo sucesivo cobrará vital importancia para contribuir a despejar el nublado panorama en el que nos encontramos al momento de poder delimitar sus elementos.

En la actualidad, vivimos una realidad carcelaria que, dañada por diversas problemáticas de forma y fondo, preocupa por la incapacidad del legislador y las autoridades competentes para hacer frente a esta crisis y dar, definitivamente, una solución para quienes son conminados a cumplir alguna pena o medida de seguridad.

Sin embargo, una pequeña ventana se abre si podemos comprender aspectos de relación entre la población privada de libertad y Gendarmería de Chile, la sobrepoblación penal y el escaso personal efectivo. Esto traerá consigo un quebrantamiento de ciertos lineamientos actuales y posibilitará conocer sobre los derechos que ambos protagonistas poseen para poder sobrellevar la relación dentro del penal.

Con la existencia de estos derechos, automáticamente nos encontramos con obligaciones que aportan un control dirigido a ambas partes con ciertos grados de diferencia puesto que no son similares. El actuar de GENCHI se regula de forma más específicamente en base a decretos y al estatuto administrativo, mientras que, en el caso de los internos, la situación se diferencia tan sólo en el contenido de las normas que, en ningún caso, podrán ser elevadas a la jerarquía de ley.

Ahora bien, no es inusual que se produzcan situaciones en las cuales el actuar tanto de los efectivos como de los internos llegan a tal punto de quiebre que se compromete hasta la dignidad humana. Frente a ello, se hace completamente necesario estudiar y que podamos comprender las sanciones que estará destinado a recibir el interno ante una falta y, más aún, la especial atención a estas mismas cuando son cometidas por los gendarmes, especialmente cuando las conductas traspasan la integridad del interno, llegando incluso al grado de constituir el delito de tortura, situación que en la actualidad ha llevado a los tribunales de justicia a pronunciarse de forma ejemplificadora a través de sentencias en contra del personal de Gendarmería.

La inclusión de un ente que en algunos países de Latinoamérica ya está dando ciertos frutos nos hace reflexionar sobre cuál es el grado de importancia que realmente nuestro país le está dando a temas penitenciarios, lo que se puede resumir en un solo término, escasa, tomando en consideración que nuestro país busca encaminarse a un

desarrollo, dejando de lado incluso a quienes bajo condiciones insalubres siguen siendo violentados en su esfera personal, la inclusión de un Juez de Ejecución Penitenciaria sería un aporte relevante en diversos aspectos no solo penitenciarios logrando abarcar el ámbito procesal penal por su directa relación al ser esta la instancia en que se da inicio a una sentencia condenatoria, pero quedando solamente hasta ahí, dejando desnudo la continuación y la inclusión del recluso a la vida penitenciaria.

Este estudio detallado busca proponer bases de solución, visibilizar problemáticas que la sociedad actual ignora y acepta ignorar, bajo el argumento de, supuestamente, existir personas buenas y malas, dejando atrás aquello que realmente debería importar en una sociedad del siglo XXI: la dignidad humana, el respeto irrestricto que el mundo, en específico Chile, ha comprometido asegurar, la humanidad mínima que deberíamos demostrar ante personas que, independiente de su conducta, ha sido condenada y, en ocasiones, sentenciado a vivir en la inculcación como ultima ratio.

CAPITULO I: ASPECTOS GENERALES DEL DERECHO PENITENCIARIO

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

A medida que el ser humano ha logrado avanzar a lo largo de la historia, lo han hecho también aquellos sitios en los cuales se penaliza a quienes realizan alguna conducta que se describe como un delito. Dicho de una manera más dura, el lugar donde tienen que estar aquellos que la sociedad llama antisociales, delincuentes, ladrones, entre otros varios títulos que tienden a individualizar a aquellos que buscan la libertad al interior de las cuatro paredes que forman la cárcel.

Realizando un breve análisis históricos los lugares en donde que aquellos infractores de ley, éstos han ido mutando con el pasar del tiempo. Ejemplo de esto, visto desde un punto de vista histórico, durante el periodo comprendido entre los siglos XIII y XVIII, el condenado debía trabajar por el resto de su vida en las llamadas *galeras*. Este servicio consistía en el empleo de presos rematados como galeotes para mover, a base de remos, los barcos de guerra¹. El sujeto era condenado al cumplimiento de la pena en la denominada “*cárcel flotante*”, llegando al punto reemplazarse la pena de muerte por esta nueva forma de atacar la sentencia condenatoria. Era, por tanto, el trabajo forzado, como forma de cumplimiento de condena en un lugar no convencional, completamente diferente a lo que vemos en nuestros días como un concreto y estructurado lugar en donde se cumplen las condenas privativas de libertad.

Con el pasar del tiempo, y en relación a su evolución de los castigos punitivos ante el incumplimiento o quebrantamiento de una ley, se sitúa en el mapa la pena entorno al trabajo al interior de las minas, específicamente en la localidad de Almadén.

¹ CHECA, Natalia, “El sistema penitenciario. Orígenes y evolución histórica, Universidad de Alcalá”, p. 29. Disponible en: <https://ebuah.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/31992/TFM%20NATALIA%20CHECA%20RIVERA.pdf?sequence=1&isAllowed=y> [Fecha de consulta: 02 de octubre de 2023]

En palabras de Natalia Checa Rivera, “*el penado pasó de ser galeote a ser minero, trasladándose de los mares a las montañas*”². Esta forma de condena comenzó a dar luces del cumplimiento en un recinto específico destinado a este mismo. El hecho en que el condenado fuera traslado a una mina, conociendo la ubicación del lugar donde se encontraba, y no en una embarcación dirigida a un rumbo sin destino conocido. Esto significaría pronto el primer asentamiento penitenciario.

La idea de un centro, reformativo o cárcel comienza a ver luces en la Europa del siglo XVII, a través de la figura de Jeremy Bentham, quien en su obra “*Tratado de legislación civil y penal*”³, describe la idea de la prisión con ciertos rasgos, tales como la seguridad, economía y reforma moral. Este último punto parece ser un aspecto que en nuestro país no era de mucha importancia, esto debido a que en Chile, particularmente en la época colonial, lo que se buscaba del presidiario era castigarlo de manera física, llegando incluso a torturarlo. Aún con ello, las ejecuciones públicas eran comunes en esta época, las que en realidad se configuraban como un mero espectáculo que fomentaba el morbo en la población, realidad se opone a la reforma moralista nacida en Europa que buscaba humanizar al presidiario al interior del lugar donde se encuentra cumpliendo su condena, esto con el propósito de imponer el poder soberano que, implícitamente, no buscaba más que la disminución de las conductas delictivas en la población.

En el transcurso del siglo XIX, el castigo físico y sometimiento público resultaban ser la primera opción a la hora de hacer valer la ley frente a la comisión de delitos graves. Durante el gobierno de Manuel Bulnes también era bastante común el traslado de los presidiarios a lugares en donde pudiesen servir como fuerza de apoyo militar en el proceso de reforzamiento de la colonización en Magallanes.

² CHECA, “El sistema”, cit. N.º1, p. 34

³ CHECA, “El sistema”, cit. N.º1, p. 52.

En paralelo a este suceso, el Estado en ese entonces implemento un “*sistema de reclusión penal organizado en base a la definición de tres tipos de establecimientos, distinguiéndolos entre, cárceles penitenciarias, presidios urbanos y las llamadas cárceles*”⁴. Los llamados presidarios enviados a la Penitenciaría eran aquellos que debían cumplir una condena correspondiente a reclusión de presidio mayor a presidio perpetuo, es decir, aquellas penas superiores a cinco años y un día. Importante es mencionar que las penitenciarías existentes eran tres, las que se encontraban distribuidas en Santiago, Curicó y Talca. Esta última comenzó a prestar sus servicios entrado el año 1880, la que también comenzó su funcionamiento como presidio urbano y cárcel. Los enviados a los presidios urbanos eran quienes fueran sentenciados a presidio menor en cualquiera de sus grados esto se traduce desde los sesenta y un día hasta los cinco años, sin embargo las cárceles recibían también a los reos que se encontraban en proceso como también aquellos que cometieron alguna falta siempre y cuando su duración no excediera los sesenta días.

A partir de septiembre del año 1847, quienes estuvieron condenados por los tribunales de justicia de la República de Chile a penas de prisión, fueron conducidos a cumplir su encierro en un recinto carcelario que se encontraba desde 1843 en plena construcción en la ciudad de Santiago⁵. Teniendo en consideración esta premisa, se hacía necesario en esta época la creación de dichos establecimientos a fin de dar solución al problema delictual que la población demandaba, esto acompañado de un concepto de modernización y una eficiente organización, ideas solventadas con lo puesto en práctica en Europa y Estados Unidos.

Con los antecedentes recientemente expuestos, que nos permiten conocer la evolución y cambios que ha sufrido, primeramente, la noción de “cárcel” y, además, su implementación en nuestro país, damos el primer paso para adentrarnos en la relación que surge entre aquel sujeto denominado presidario, condenado o reo y quien

⁴ CISTERNA, Jaime, “Historia de la cárcel penitenciaria de Santiago: 1847-1887”, p. 39. Disponible en: <http://www.memoriachilena.gob.cl/archivos2/pdfs/mc0018564.pdf> [Fecha de consulta: 02 de octubre de 2023]

⁵ CISTERNA, “Historia”, cit. N.º 4, p. 45.

administra o se encarga de asegurar el debido funcionamiento al interior del penal, fenómeno que la doctrina ha denominado Relación Jurídica Penitenciaria.

2. CONCEPTUALIZACIÓN DE DERECHO PENITENCIARIO

Diversos autores se han dedicado a buscar un concepto, sin embargo, este estudio ha dado como resultado diversas definiciones, cada una con sus propias características obviamente, pero que buscan el mismo fin: definir lo que realmente es la Relación Jurídica Penitenciaria.

Luis Cousiño estableció que “*el Derecho Penitenciario, trata exclusivamente sobre la ejecución de las penas*”⁶. A simple vista, este concepto tiene una perspectiva más práctica. Por otro lado, Marco Fernández comprende el Derecho Penitenciario y lo explica de la siguiente manera: el conjunto de normas y principios que regulan las relaciones que se producen entre el Estado (representada por la Administración Penitenciaria en su sentido amplio) y la población penal (personas detenidas, sujetas a prisión preventiva y condenadas), que surgen desde el ingreso del imputado o condenado a un establecimiento penitenciario hasta que se revoca o deja sin efecto la medida cautelar personal o se obtenga la libertad definitiva por el cumplimiento de la pena privativa de libertad.⁷ Esta última definición parece ser, hasta el momento, la más concreta, puesto que individualiza a quienes conforman este fenómeno, lo que resulta de suma importancia al dar luces de una característica que se desprende de este concepto, la mención del Estado representado en nuestro país en el ámbito penitenciario por Gendarmería de Chile y la población penal.

Otros conceptos que se aproximan a lo idóneo corresponden a la noción que entrega Giovanni Novelli, quien nos dice que el Derecho Penitenciario es “*el conjunto de normas jurídicas que regulan la ejecución de las penas y las medidas de seguridad,*

⁶ DURÁN, Mario. *Derecho Penitenciario: Delimitación de su concepto, función y contenido desde un modelo teleológico-funcional del fin de la pena*, revista de Derecho, 2020, 247, enero-junio. ISSN 0303-9986. p. 126.

⁷ DURÁN, *Derecho Penitenciario*, cit. N.º6, p. 127.

a comenzar desde el momento en que se convierte en ejecutivo el título que legitima la ejecución”⁸, esta definición en nuestro sistema tiene un tenor codificado pero ligado a un ámbito práctico, destinado a describir de forma genérica la aplicación y ejecución del cumplimiento de la condena.

Jesús Martínez Ruiz en su artículo titulado “*La relación jurídico-penitenciaria, especial referencia a la protección de la vida de los reclusos*”⁹ se refiere brevemente a la relación jurídica penitenciaria, explicándola como un conjunto de normas jurídicas tiende a proyectarse sobre un vínculo con cierta permanencia en el tiempo entre dos partes, configurando derechos y obligaciones recíprocos, es tradicional emplear el concepto de relación jurídica¹⁰. Dicho análisis dilucida cómo evoluciona esta relación y logra establecer este fenómeno a dos partes, junto con sus derechos y obligaciones. Visto desde una perspectiva objetiva, se limita también a ubicar en que momento estamos en presencia de la relación entre el interno y la institución a cargo del recinto penal, que en nuestro país es Gendarmería de Chile. El español Eugenio Cuello Calón, quien, de forma muy simple, argumenta que el Derecho Penitenciario “*surgió para designar exclusivamente a ciertas y determinadas penas, las privativas de libertad, y a sus diversos sistemas de ejecución, ambos claramente inspirados en un sentido de la pena propia o cercana a la expiación reformadora*”¹¹. Esto continua sin aclarar o delimitar exactamente el Derecho Penitenciario y consigo la relación jurídica penitenciaria.

El Doctor en Derecho Mario Durán, en su artículo titulado “*Derecho Penitenciario: Delimitación de su concepto, función y contenido desde un modelo teleológico-funcional del fin de la pena*”¹² nos entrega una breve pero clara explicación del moderno concepto de Derecho Penitenciario, información por cierto, que lleva la

⁸ DURÁN, *Derecho Penitenciario*, cit. N.º6, p. 129.

⁹ MARTINEZ RUIZ, Jesús. *La relación jurídica penitenciaria, especial referencia a la protección de la vida de los reclusos*, revista de Derecho, 2017, 19-30. ISSN 1695-0194.

¹⁰ MARTINEZ, *La relación*, cit. N.º9, p. 2

¹¹ DURÁN, *Derecho Penitenciario*, cit. N.º6, p. 129

¹² DURÁN, *Derecho Penitenciario*, cit. N.º6.

discusión sobre la terminología un peldaño más cerca de su concreta acepción, en su comentario a lo realizado por García Valdés y Murillo Rodríguez, es Durán quien indica lo siguiente, *“En ambas acepciones, sin embargo, se destaca la forma característica de concebir la ejecución de las penas y la relevancia que le asignan, dentro de ellas, a la pena privativa de libertad. Esto es, ambas clases de definiciones distinguen la ejecución penal como una materia jurídica homogénea, que de hecho da origen a un sector o parcela autónoma dentro del ordenamiento jurídico; el Derecho penitenciario”*¹³

Teniendo en consideración los diversos conceptos presentados, es evidente que hay una variante terminológica necesaria de subsanar, esto con fines de comodidad para su óptima comprensión. Resultaría mucho más simple si contáramos con un concepto claro y abstracto, así como también si pudiéramos saber exactamente cómo se configura el fenómeno al interior del penal y la relación que surge una vez que el condenado ingresa al recinto para dar óptimo cumplimiento de su condena, así como también la labor de la institución que debe velar por el integro respeto y funcionamiento de dicho espacio.

En resumen, con lo expuesto anteriormente y teniendo presente cada uno de los conceptos que fueron presentados, podemos deducir que es una materia que sigue estando sujeta de modificaciones, tanto en su fase práctica como en su propia teórica, sin embargo el trabajo realizado por cada uno de los juristas citados en esta investigación, nos invita a poder seguir dándole forma al Derecho Penitenciario y a la Relación Jurídica Penitenciaria, siendo ambos términos discutidos en otros aspectos que también forman parte de este trabajo.

3. NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO PENITENCIARIO

El Derecho Penitenciario y, en su defecto, la Relación Jurídica Penitenciaria, ha estado en la palestra de la discusión doctrinal, puesto que varios juristas han buscado

¹³ DURÁN, *Derecho Penitenciario*, cit. N.º6, p. 142.

determinar el área de estudio y aplicación en la que ambos términos se encuentran contenidos. En el artículo de Martínez Ruiz, encontramos una primera aproximación que induce al tema en cuestión, quien postula que “*esta relación jurídica penitenciaria, en términos jurídicos, puede concebirse, sin duda, como una relación jurídica de índole administrativa, que vincula al recluso con la Administración penitenciaria*”¹⁴, comentario que siembra discusión con un fundamento genérico pero aproximado al objetivo que se pretende estudiar, enmarcándolo en un área de forma inmediata.

Que el Derecho Penitenciario sea parte del Derecho Administrativo cobra fuerza en nuestro país. Así lo postula Santiago Prado en su libro “*Principios elementales de Derecho Administrativo Chileno, quien dedica un capítulo al estudio de las prisiones y otro a las cárceles*”¹⁵. El hecho que el Estado sea quien se encuentre a cargo de la Administración de los diversos recintos penales, bajo la representación de Gendarmería de Chile, supone que el Poder Judicial no es en realidad capaz de cubrir dicha parcela de forma idónea. En consecuencia, se confía al Derecho Administrativo el correcto funcionamiento y fiscalización de este sistema.

Por otro lado, Mario Durán hace mención respecto del Derecho Penitenciario y su ubicación, que “*el Derecho penitenciario, en su rótulo Derecho de la ejecución penal, aparece claramente integrado al Derecho público y, particularmente, al Derecho penal y la ejecución de la pena*”¹⁶, comentario que se contrapone a la premisa previamente mencionada, orientándola de forma explícita al ámbito Penal material, teniendo en consideración los tópicos a los que hace referencia el profesor.

Es importante mencionar el trabajo que ha realizado Reinhart Maurach en materia penal, quien al momento de hablar de Derecho Penal, lo hace dividiéndolo en

¹⁴ MARTÍNEZ, *La relación*, cit. N.º9, p. 3.

¹⁵ FERNÁNDEZ, Marco Antonio, “La Naturaleza Jurídica del Derecho Penitenciario Chileno y sus repercusiones en la relación jurídica penitenciaria”, *Repositorio Universidad de Chile*, p. 18. Disponible en: <https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/153065/La-naturaleza-jurídica-del-derecho-penitenciario-chileno-y-sus-repercusiones-en-la-relación-jurídica-penitenciari.pdf?sequence=1> [Fecha de consulta: 04 de octubre de 2023]

¹⁶ DURÁN, *Derecho Penitenciario*, cit. N.º6, p. 134.

sustantivo y formal. Respecto del primer término, menciona que *“el derecho penal sustantivo estaría compuesto por la teoría del delito y sus consecuencias jurídicas (parte general) y por los tipos penales particulares (parte especial). El primero establece los presupuestos que dan origen al uso del poder punitivo (teoría del delito y sus formas particulares de aparición), describe el contenido de las consecuencias jurídicas (teoría de las penas y medidas preventivas) y regula el acoplamiento de los presupuestos y las consecuencias. Así, es derecho sustantivo pues establece qué debe ser, mas no así la forma en que ello se realiza”*¹⁷.

Asimismo, respecto del Derecho penal formal, establece la diferencia entre ambos remarcando lo siguiente: *“regla la manera en que se realiza el poder punitivo estatal, y que se subdivide a su vez en dos partes: en el procedimiento de determinación, que es tarea del derecho procesal penal, y en el procedimiento de ejecución de la pena, el cual depende del derecho de ejecución penal.”*¹⁸. Dicha explicación, precisamente, ayuda a no perder el foco del área respecto al tema del que estamos hablando y, también, porque esta diferencia comienza a repercutir en la discusión que se presenta en la doctrina.

Emiro Sandoval, destacado criminólogo, comenta sobre la relación jurídica ligándola a la pena privativa de libertad, aquella que *“se encuentra o es abarcada parcialmente tanto por normas de carácter sustancial o material, procesales y de ejecución penal, independientemente del texto concreto en que se ubiquen. Esto es, se ubican en parte en el Derecho penal sustantivo, en la medida en que este contiene normas jurídicas relativas a su determinación y a su extensión.”*¹⁹, comentarios que sustentan el propósito que persigue esta investigación, sin perder de vista, además, la declaración que entrega Claus Roxin, aquella en que indica las ocupaciones que tiene el Derecho Penal, junto con una sub-clasificación, a la que él denomina Derecho Penal Material. Argumenta, por lo demás, que *“debe delimitarse de otros campos jurídicos*

¹⁷ DURÁN, *Derecho Penitenciario*, cit. N°6, p. 135.

¹⁸ DURÁN, *Derecho Penitenciario*, cit. N°6, p. 135.

¹⁹ DURÁN, *Derecho Penitenciario*, cit. N°6, p. 136.

emparentados que sólo junto con el Derecho penal regulan legalmente todo el campo de la Justicia penal y que hacen del hecho, el autor y la persecución penal el objeto de los esfuerzos legislativos y científicos. Los más importantes de esos campos jurídicos vecinos, afirma, son el Derecho procesal penal, el Derecho de la medición de la pena, el Derecho penitenciario, el Derecho penal juvenil y la criminología. Siendo el Derecho penitenciario, el área que se añade al hecho punible, al proceso penal y a la determinación de la pena y que contiene todas las disposiciones legales sobre el cumplimiento de la pena de prisión, así como de las medidas privativas de libertad.”²⁰. La visión de Roxin, para efectos de la presente investigación, resulta relevante al ordenar y enunciar al Derecho Penitenciario como un área de auxilio para poder solventar el ajetreado Derecho Penal.

Un sólido fundamento para sostener que el Derecho Penitenciario se encuentre contenido bajo el alero del Derecho Penal es el que otorga Enrique Cury al fundamentar que *“no se saca nada con asegurar la liberalización del régimen punitivo otorgando garantías al acusado frente a posibles excesos judiciales, si luego se abandona al condenado al arbitrio de los funcionarios penitenciarios. No sólo el procesado tiene derechos que deben ser cautelados; también para el sentenciado deben regir garantías que tutelen la humanidad y la dignidad que deriva de ella. Pero esto no se cumple cuando el proceso de ejecución de la pena se confía a una organización administrativa que dispone de facultades discrecionales y que, a veces, como ocurre en Chile con el Servicio de Gendarmería, está estructurada como un cuerpo paramilitar”²¹. Esta acepción emplaza a Gendarmería de Chile, bajo una premisa que más adelante tendrá su palco en esta investigación, la llamada relación al interior del penal.*

Con el avanzar de este trabajo, hemos visto las diferentes posturas que han presentado diversos juristas respecto al área que tiene bajo su tutela al Derecho Penitenciario, sin embargo hay otra postura que relaciona y reconoce al Derecho Penitenciario como una disciplina sujeta al Derecho Procesal Penal, uno de los artífices

²⁰ DURÁN, *Derecho Penitenciario*, cit. N.º6, p. 136.

²¹ FERNÁNDEZ, *La Naturaleza*, cit. N.º15, p. 27.

de esta hipótesis es el jurista Italiano Francesco Carnelutti, quien sostiene “*creer que la condena agota el juicio penal es una de las peores supersticiones que ha oscurecido nuestra ciencia*”.²² dicha acepción no ha estado ausente de críticas que refutan esta idea.

Teniendo en cuenta los argumentos recientemente expuestos, es sabido que aún no ha sido posible determinar la naturaleza jurídica primeramente del Derecho Penitenciario y a consecuencia de este la relación jurídica penitenciaria, hay acepciones que se pueden imponer a otras, como es la regla básica de toda discusión, aun así, lo que se pretende de fondo con esta investigación es lograr la completa autonomía del Derecho Penitenciario, a fin de que pueda valerse por sí mismo y bajo sus propios principios, es sabido que esta idea está lejos de poder ser materializada, sin embargo con las diversas reflexiones de los juristas especialistas en esta materia, nos demuestra que la idea que vincula al Derecho Penitenciario con el Derecho Penal, bajo los fundamentos que promueven esta idea y los tópicos que abarca lo hacen a modo personal, la mejor opción de observancia y aplicación.

4. CARACTERÍSTICAS DE LA RELACIÓN JURÍDICA PENITENCIARIA

En primer lugar respecto al Derecho Penitenciario, la escasa regulación y aplicación práctica, nos presenta un problema para poder conocer más respecto a dicho tema, aun así podemos visualizar propuestas que permitirían de forma implícita dar con algunos elementos característicos y que al mismo tiempo buscan reformar este derecho.

Un buen inicio para comprender este problema, como se indica en el artículo con la autoría de Gabriela Prado y Mario Durán, titulado “*Recomendaciones y propuestas para una reforma penitenciaria. Apuntes para su sistematización y delimitación.*”²³, hacen mención a los fines los cuales deben ser tratados en una posible

²² FERNÁNDEZ, La Naturaleza, cit. N°15, p. 29.

²³ DURÁN, Mario, PRADO, Gabriela, *Recomendaciones y propuestas para una reforma penitenciaria. Apuntes para su sistematización y delimitación*, Revista de Derecho, Valparaíso, Chile, 2020.

reforma penitenciaria, haciendo un paralelo con algunos sistemas carcelarios de Europa, por ejemplo en España, Francia o Italia, además de tomar en consideración la normativa internacional a la que nuestro país se encuentra suscrito y que se encuentren vigente como lo sería la *Organización de Naciones Unidas*²⁴, en particular la *Declaración Universal de DDHH* y el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*.²⁵

Siguiendo estos lineamientos y ligándolo a la relación jurídica penitenciaria damos con ideas interesantes como lo sería por ejemplo, los derechos del recluso y dentro de esta misma idea los derechos fundamentales de los reclusos como bien lo trata Martínez Ruiz en su artículo mencionado más arriba en esta investigación, abordando también el problema más significativo que presentan las cárceles actualmente, como lo es el hacinamiento, sobre este último el Instituto Nacional de Derechos Humanos expone la preocupante situación de ocupación carcelaria en el libro *Estudio de las condiciones carcelarias en Chile*²⁶, el cual nos entrega un completo panorama de la situación que se vive al interior de los recintos penales de nuestro país, frente a lo mencionado hasta este momento, podemos inferir que el Derecho Penitenciario y con él la Relación Jurídica Penitenciaria, está cargada de dificultades que si o si deben ser objeto de reforma y tratamiento.

Prado y Durán, comentan incluso sobre los principios que rigen en la realidad carcelaria desde un punto de vista funcional obviamente, comentan por ejemplo, “*la necesidad de ciertas mejoras, adecuaciones o reformas que hagan posible o más cercana la aplicación práctica de los principios limitadores del ius puniendi más próximos a este, esto es, el principio de proporcionalidad de la pena y el principio de humanidad o dignidad humana. Ideal que se concreta en lo que genérica y*

²⁴ Organización de Naciones Unidas, Declaración Universal de los Derechos Humanos, París. Disponible en: <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights> [Fecha de consulta: 05 de octubre de 2023]

²⁵ DURÁN, PRADO, *Recomendaciones*, cit. N.º23, p. 160-161.

²⁶ Instituto Nacional De Derechos Humanos, “Estudio de las condiciones carcelarias en Chile”, Santiago, Chile, Julio 2020. ISBN: 978-956-6014-25-6.

eufemísticamente se denomina; mejoras de las condiciones carcelarias”²⁷, punto que más adelante será detallado en el capítulo posterior de la presente investigación, pero que comienza desde ya a introducirnos lentamente al capítulo dos, esto por la mención del *ius puniendi*.

Es claro que al hablar de las características que guardan relación con el Derecho Penitenciario y la relación que surge al interior de las cárceles, nos adentra en varios problemas, más que arrojar muestras de cómo están conformados estos dos términos, en resumen el derecho penitenciario no está regulado de forma concreta, más bien al estar esparcida en nuestro ordenamiento jurídico, dificulta un estudio detallado, otro punto característico, es el tratamiento carcelario, tanto en su espacio físico como en su relación interno y funcionario, un aspecto importante es la búsqueda del integro respeto de derechos y garantías fundamentales, con relación a este último y de forma muy simple incluimos inciso primero del artículo 1° de la Constitución Política de la República de Chile, “*Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos*”²⁸, la mención de este precepto constitucional aterriza esa idea arcaica y castigadora sobre quienes cumplen penas privativas de libertad, no debemos olvidar que estamos en presencia de personas que a pesar de haber cometido un delito no deben cumplir su penitencia en condiciones insalubre e inhumanas y también la validación de la dignidad humana sea cual sea la condición.

Para concluir, se debe dar un tratamiento de atención especial al Derecho Penitenciario y lograr su completa autonomía que lo consagre como una disciplina del Derecho y así librarla de lo difuso que se encuentra en nuestro ordenamiento, a fin de poder lograr una aplicación idónea frente a la crisis carcelaria que estamos viviendo, se pusieron en la platea diversos autores y sus fundamentos para que esto se pueda materializar, ya no bastan con reglamentos e instrucciones, se debe avanzar de manera en materia carcelaria para poder modernizarlo y más relevante aun humanizarlo,

²⁷ DURÁN, PRADO, *Recomendaciones*, cit. N°23, p. 155.

²⁸ BCN, *Constitución Política de la República de Chile*, artículo 1°, última versión. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=242302> [Fecha de consulta: 09 de octubre de 2023]

teniendo esto en consideración lo expuesto en este capítulo, estamos en condiciones de poder avanzar en este trabajo, el adentrarnos al interior en donde se configura la relación jurídica penitenciaria, la cárcel, esto a fin de poder conocer quienes lo configura, su funcionamiento, dinámica, orgánica y algunos elementos.

CAPITULO II: DERECHOS, GARANTIAS Y OBLIGACIONES DE LOS INTERNOS Y GENDARMERIA DE CHILE

1. EL INTERNO: PIEDRA ANGULAR DEL DERECHO PENITENCIARIO

A. GENERALIDADES RESPECTO DEL INTERNO

El interno es un esencial elemento en la relación que se gesta al interior del penal o del centro de cumplimiento penitenciario, un actor importante el cual debemos observar, primeramente tomaremos de base introductoria el concepto de interno, el cual la Real Academia Española, de manera más genérica lo define *en lo interior*²⁹, sin embargo lo acentúa también en el ámbito penitenciario considerándolo como adjetivo en donde se refiere de la siguiente forma, “*Dicho de una persona: Que está reclusa en un centro penitenciario*”³⁰, este último cobra una especial relevancia para lo que se pretende en esta investigación de modo que al mencionar y ubicar al sujeto de estudio en esta parte de la tesis, nos da el pie para continuar con su análisis.

La Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito, se refiere al interno amparándolo bajo la aplicación de las *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos* o también denominadas *Reglas de Mandela*.³¹

Aterrizando estos términos a nuestro país y su aplicación, nos encontramos con una mutación conceptual al momento de referirnos al *interno*, quien a raíz de la acción cometida provocó el quebrantamiento de una ley o dicho en termino jurídicos, aquel actor en la comisión de una acción que reviste los caracteres de delito y que debe cumplir con una sanción penal, condenatoria y privativa de libertad, Gendarmería de

²⁹ Real Academia Española, Diccionario de la lengua española. Disponible en: <https://dle.rae.es/interno>. [Fecha de consulta: 17 de Octubre de 2023].

³⁰ RAE, cit. N° 29.

³¹ Oficina De Naciones Unidas, *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos*, Disponible en https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-S-ebook.pdf [Fecha de consulta: 16 de diciembre de 2023]

Chile, nos entrega un catálogo de conceptos y definiciones, así conoce al interno como *Condenado*, junto con su conceptualización, *Persona acusada respecto de la cual se dicta sentencia condenatoria*³², sin perjuicio de la definición entregada por dicha institución, parte de la sociedad continúan confundiendo al condenado o privado de libertad con el *Detenido* o incluso con el *Imputado*, estos dos últimos también definidos por la institución antes mencionada.

Actualmente estamos viviendo una crisis penitenciaria, la cual nos hace replantear ciertos aspectos que deben ser tratados con la seriedad y especial atención, esto considerando la exposición de garantías fundamentales a los que la población penal está siendo expuesta, primeramente por la verticalidad de la relación entre aquel privado de libertad y la institución a cargo de la administración y correcto funcionamiento del recinto carcelario, problemas como el hacinamiento, infraestructura, sanitarios, entre otros, comprometen gravemente derechos y garantías contenidas en nuestra carta fundamental y contenidos en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes.

Teniendo a la vista estos antecedentes, se hace necesario posicionarnos estando en este punto de la presente tesis, con que herramientas cuentan aquellos que se encuentran cumpliendo condena bajo un régimen cerrado al interior de lo que comúnmente se conoce como cárcel, prisión, CCP (centro de cumplimiento penitenciario) o también en la jerga carcelaria la “*Cana*”, la exposición de Derechos y Garantías mínimas que el Estado debe entregarles, a fin de promover el resguardo de la dignidad de los internos.

³² Gendarmería de Chile, *Conceptos y Definiciones*. Disponible en: https://www.GON.gob.cl/estadisticas_conceptos.html#:~:text=Detenido,los%20fines%20del%20procedimiento%20penal. [Fecha de consulta: 17 de Octubre de 2023].

B. DERECHOS Y GARANTIAS ASEGURADAS POR EL ESTADO CHILENO

En los párrafos precedentes, se ha mencionado de la crisis penitenciaria que está dejando en jaque y provocando además una tensión más alta al interior de la cárcel y que afecta directamente a la relación al interior de los diversos penales en nuestro país, es por ello que el poder salvaguardar los derechos y garantías fundamentales hace necesario un pronunciamiento estricto del ejecutivo como también normas que contribuyan a sobrellevar esta problemática, frente a esto el Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH) el cual se titula “*Derechos de las personas privadas de libertad*”³³ y el Decreto 518 publicado el 21 de Agosto de 1998, “*Reglamento de establecimientos penitenciarios*”.³⁴

i. LISTADO DE DERECHOS ENTREGADOS POR EL INDH

De todos los derechos que enuncia, podemos destacar entre los más importantes a considerar:

“1. Alimentación de calidad y cantidad suficiente, la que será supervigilada por un/a especialista en nutrición, médico o paramédico; 2. La libertad ideológica y religiosa, al honor, a ser tratadas por su nombre, a la intimidad personal y al acceso a la cultura, procurándose el desarrollo integral de su personalidad; 3. Efectuar estudios de enseñanza básica en forma gratuita dentro del régimen del establecimiento; 4. Desarrollar trabajos individuales o en grupos, que les reporten algún tipo de ganancia para ayudar con los gastos de su familia y ahorrar para el egreso; 5. Que al menos 8 horas del día estén destinadas al descanso y que en el resto del tiempo las autoridades atiendan las necesidades espirituales, físicas, de tratamiento, formativas y culturales de las personas privadas de libertad. Gendarmería deberá establecer horarios de

³³ Instituto Nacional de los Derechos Humanos, “Derechos de las personas privadas de libertad”. Disponible en: <https://bibliotecadigital.indh.cl/server/api/core/bitstreams/2cade54c-a221-4f57-8bb5-98b7b4899a97/content> [Fecha de consulta: 20 de octubre de 2023]

³⁴ BCN, Decreto 518, “*Aprueba reglamento de establecimientos penitenciarios*”, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 21 de agosto de 1998, última versión. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=123280> [Fecha de consulta: 20 de octubre de 2023]

inicio y término de la jornada diaria; 6. Ser visitadas por sus familiares y personas que ellas hubieran autorizado a visitarlas. Todas las visitas se celebrarán de manera que se respete al máximo la intimidad y no tendrán más restricciones que las impuestas por razones de seguridad y de buen orden del establecimiento; 7. La atención médica y a hospitalización cuando lo necesitaren, lo cual puede desarrollarse dentro de los centros penitenciarios o bien fuera de ellos.”³⁵

ii. LISTADO ENTREGADO POR GENCHI

Junto con la información proporcionada anteriormente, también encontramos el Decreto 518, que aprueba el Reglamento de establecimientos penitenciarios del Ministerio de Justicia, específicamente en su Título Tercero de los Derechos y Obligaciones de los internos, la cual desde su perspectiva nos entrega una lista similar a la vista anteriormente y que contiene los siguientes enunciados: “*Párrafo 2°: De la atención médica de los internos. Artículo 34 “Los internos que requieran tratamiento y hospitalización serán atendidos en las unidades médicas que existan en el establecimiento penitenciario. En los establecimientos penitenciarios en que se ejecute un contrato de concesión, se estará además, a lo que establezca el respectivo contrato respecto de la atención médica.; Artículo 37: La duración de la internación de los penados en recintos hospitalarios externos, será determinada por el personal médico de Gendarmería de Chile, el que realizará o solicitará evaluaciones de la salud del interno con la periodicidad que el caso amerite. Párrafo 3°: De las comunicaciones e informaciones. Artículo 39: Los internos tendrán derecho a informar a su familia o a quien haya determinado al momento de su ingreso, el hecho de su internación o del traslado de establecimiento. La información señalada se efectuará por el propio interno a través del teléfono del establecimiento, en una sola comunicación, salvo que el Tribunal competente haya decretado su incomunicación, circunstancia en la que dicha información se llevará a cabo por personal de asistencia social o en su defecto, por personal encargado del ingreso, tan pronto como ello sea posible y dentro de las*

³⁵ INDH, *Derechos*, cit. N.º 33.

veinticuatro horas siguientes al ingreso o al traslado. En casos especiales, como el de traslados o ingresos masivos, la Administración Penitenciaria deberá efectuar la comunicación a que se refiere el inciso precedente, por medios igualmente eficaces. Párrafo 4°: De las condiciones básicas de vida. Artículo 46: Todo interno tiene derecho a que la Administración Penitenciaria le otorgue al menos el catre, colchón y frazada.; Artículo 47 “Los internos tendrán derecho a que la Administración les proporcione una alimentación supervigilada por un especialista en nutrición, médico o paramédico, y que corresponda en calidad y cantidad a las normas mínimas dietéticas y de higiene. Sin perjuicio de lo anterior, los internos podrán adquirir en los economatos que funcionen en los establecimientos penitenciarios, bienes o especies para su consumo o uso personal. En ningún caso el servicio de economato tendrá fines de lucro. Párrafo 7°: Del derecho a efectuar peticiones. Artículo 58: Los internos tendrán derecho a efectuar peticiones a las autoridades penitenciarias, las que deberán efectuarse en forma individual, verbalmente o por escrito, debiendo ser necesariamente cursadas y contestadas por escrito o verbalmente por el Alcaide en las audiencias que conceda. En ningún caso el encargado de su recepción podrá negarse a recibirlas o a tramitar las peticiones. Toda petición debe ser respondida en el plazo de quince días corridos o, a lo menos, dentro del mismo plazo, deberá informarse el estado de tramitación en que se encuentra.”³⁶

Si bien el presente listado se hace algo extensivo faltaron tres párrafos los cuales dos llevan por nombre “*De las encomiendas*” y “*De las visitas*”, es menester comentar que ambos términos presentados, quedan bajo la actuación de Gendarmería de Chile, puesto que ellos son los entes que intervienen en estos temas, dando estricta revisión tanto de las encomiendas que entregan los familiares a sus conocidos que se encuentran al interior del penal, así también el registro de cada una de las visitas que hace ingreso para cumplir con dicho cometido, esto contribuye a graficar un pequeño aspecto de la relación jurídica penitenciaria.

³⁶ Decreto 518, cit. N.º 34.

Ahora bien, el párrafo número ocho de este decreto se denomina “*Del derecho a la educación*”, un punto importante puesto que la educación en nuestro país se consagra a niveles constitucionales, específicamente en el “*Capítulo III de los Derechos y deberes Constitucionales*”, artículo 19 N° 10 “*El derecho a la educación*”³⁷, que este derecho presente tal connotación hace necesario un tratamiento digno en pro de la población penal, encontramos además herramientas internacionales que contribuyen a un mejor trato a los privados de libertad como lo son las *Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos*, o mejor conocidas como *Reglas Nelson Mandela*, en donde la primera regla indica lo siguiente, “*Todos los reclusos serán tratados con el respeto que merecen su dignidad y valor intrínsecos en cuanto seres humanos. Ningún recluso será sometido a tortura ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, contra los cuales se habrá de proteger a todos los reclusos*”³⁸, si bien dicho artículo, enuncia reglas de carácter universales y de aplicación directa a los países que suscriben esta normativa internacional, hace falta en la praxis una mayor atención, ante las situaciones que atenten directamente la integridad humana de los internos.

C) OBLIGACIONES DENTRO DEL SISTEMA CARCELARIO

Teniendo en platea los derechos anteriormente descritos, surge también obligación como forma de contrarrestar las actuaciones de la población penal al interior de este mismo, es en el decreto mencionado anteriormente en su párrafo 1° “*De las obligaciones de los internos*”, donde se albergan las acciones a las cuales los internos están sujetos para dar una óptima ejecución una vez que ya se encuentren cumpliendo su condena al interior de la cárcel, las cuales se contienen en el Artículo 33 del precepto legal mencionado precedentemente: “*permanecer en el establecimiento a disposición de la autoridad que hubiere decretado su internación o para cumplir las condenas que*

³⁷ CPRCh, cit. N.º 28, art. 19 n.º 10.

³⁸ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela)*, Regla 1. Última versión. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-S-ebook.pdf
[Fecha de consulta: 20 de octubre]

se les impongan, hasta el momento de su liberación.”

Una obligación estricta y básica en su disposición pero que asienta la base principal de toda condena que se debe cumplir a raíz de una sentencia privativa de libertad, si bien el enunciado no requiere de mayor análisis que busquen su explicación clara, desde el momento en el que el interno hace ingreso al penal y con ello quedar sujeto a la plena administración de la institución a cargo del recinto, da pie para que surja la relación jurídica penitenciaria.

Cabe señalar que en nuestro ordenamiento jurídico, sobre todo en el proceso penal, nos encontramos con una excepción en cuanto a la institución que encarga a este ente administrativo la ejecución de la pena, toda vez que el Juzgado de Garantía que conoció de la causa será siempre competente para realizar su ejecución como menciona el Artículo 466 del Código Procesal Penal, por ende será el quien traspase esta etapa desde un ente judicial a uno administrativo:

“Acatar las normas de régimen interno del establecimiento, cumpliendo las sanciones disciplinarias que les sean impuestas en el caso de infracción de aquéllas, de conformidad con lo establecido en el Título Cuarto de este Reglamento; Mantener una normal actitud de respeto y consideración con sus compañeros de internación o cualquier persona que se encuentre al interior del establecimiento, con los funcionarios de la Administración Penitenciaria y autoridades judiciales o de otro orden, tanto dentro de los establecimientos penitenciarios como fuera de ellos, en ocasiones de traslados o prácticas de diligencias; Conservar el orden y aseo de las dependencias que habitan y del establecimiento, y mantener una presentación personal aseada.”³⁹

En contraste con los derechos los cuales son titulares los privados de libertad, se hace un tanto más complejo contar con un catálogo amplio de obligaciones que establezcan directrices de conductas en la cárcel, esto por las condiciones en las cuales

³⁹ Decreto 518, cit. N.º 34, art. 33.

estas obligaciones se desarrollan, mayores condiciones conductuales a una persona ya privada de libertad parece ser hasta en un punto una tortura.

Para culminar este punto, podemos comprender entonces, que si bien existe una gama de derechos y obligaciones y en algunos puntos, dichos derechos se encuentra asegurados en un rango constitucional, este abanico no deja de estar contenido en un mero decreto, así lo exponen Raúl Carnevali y Francisco Maldonado en su artículo titulado *“El tratamiento penitenciario en Chile, especial atención a problemas de Constitucionalidad”*, quienes en una crítica declaran lo siguiente, *“ no deja de llamar la atención que el tratamiento penitenciario se encuentre en gran parte regulado en un Reglamento (Decreto N° 518 del Ministerio de Justicia de 1998). Que se encuentre regulado en una instancia normativa inferior a la ley pone en evidencia que ha habido una escasa preocupación, sobre todo de las autoridades políticas por abordar un área tan sensible como son los derechos que le corresponden a quienes se encuentran privados de libertad.”*⁴⁰.

Considerando lo señalado por ambos doctores, el tratamiento digno y especial que debe realizarse en materia carcelaria, se hace cada vez más urgente atendiendo la actual crisis penitenciaria que estamos viviendo, que sirva de motivación para el legislador y el ejecutivo respecto de su pronunciamiento, el poder resguardar las garantías y derechos fundamentales que son trasgredidos al interior de los penales, dicho en palabras de los mismos autores, *“No deja de ser, pues, paradójico que el mismo texto se encargue de reconocer una serie de garantías y derechos de los internos, para luego violentarlos con el otorgamiento de facultades disciplinarias, que tienen, por lo demás, un carácter bastante discrecional.”*⁴¹.

⁴⁰ CARNEVALI, Raúl, MALDONADO, Francisco, El tratamiento penitenciario en Chile: Especial atención a problemas de constitucionalidad. Disponible en: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122013000200012 [Fecha de consulta: 20 de octubre de 2023]

⁴¹ El tratamiento, cit. N. ° 40.

D) SANCIONES FRENTE A LAS FALTAS DENTRO DEL CENTRO DE CUMPLIMIENTO PENITENCIARIO

Anteriormente se mencionó la relación vertical en la que se encuentra el interno para con la institución a cargo del recinto en el cual se encuentra cumpliendo su condena, sin embargo el hecho que el presidiario tenga una “*relación de Derecho Público con el Estado*”⁴², esta premisa supone lo evidente que resultaría el incumplir una norma que pueda decantar en un descuadre a las relaciones entre la población penal y los funcionarios de Gendarmería.

El Decreto 518 se refiere en su Título Cuarto “*Del régimen disciplinario*” dispone lo siguiente:

“Párrafo 1º: De las restricciones de los derechos por razones de seguridad. Artículo 75. Los derechos de que gocen los internos podrán ser restringidos excepcionalmente como consecuencia de alteraciones en el orden y la convivencia del establecimiento penitenciario o de actos de indisciplina o faltas, mediante las sanciones que establece el presente Reglamento”.⁴³

Por consiguiente, el artículo 77 de dicho decreto, estructura y clasifica las faltas cometidas por la población penal, así las divide en *graves, menos graves o leves*⁴⁴, una vez teniendo esta categorización las sanciones a las faltas cometidas y con cualquiera de estas, no será susceptibles de acumularse.

El artículo 81 del párrafo 3º de este decreto, va en directa relación con la aplicación de sanciones de existir alguna falta, así encontramos algunas sanciones significativas:

“Amonestación verbal; Prohibición de recibir paquetes o encomiendas por un lapso

⁴²BCN, Decreto 3140, *Reglamentos sobre normas básicas para la aplicación de una política penitenciaria nacional*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 14 de diciembre de 1965, art. 2. Última versión. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?i=186224&f=1965-12-14> [Fecha de consulta: 20 de octubre de 2023]

⁴³ Decreto 518, cit. N.º 34, art. 75.

⁴⁴ Decreto 518, cit. N.º 34, art. 77.

de hasta 15 días; Privación de participar en actos recreativos comunes hasta por 30 días; Privación hasta por una semana de toda visita o correspondencia con el exterior; Revocación de permisos de salida; Aislamiento de hasta cuatro fines de semana en celda solitaria, desde el desencierro del sábado hasta el encierro del domingo; Internación en celda solitaria por períodos que no podrán exceder de 10 días. El Alcaide del establecimiento certificará que el lugar donde se cumplirá esta medida reúne las condiciones adecuadas para su ejecución, y el médico o paramédico del establecimiento certificará que el interno se encuentra en condiciones aptas para cumplir la medida.⁴⁵

Lo presentado anteriormente configura solo algunas de la múltiples sanciones aplicables en caso de incumplimiento de alguna conducta o norma al interior del penal, no solo los menciona, sino que atiende su aplicación según la gravedad de la acción cometida, aun con ello llama la atención, la forma que se va graduando su aplicación, hasta llegar a restringir derechos, si bien se estipula con claridad las circunstancias que deben recurrir para lograr coartar algunas garantías fundamentales.

En la praxis sabemos que se presentan circunstancias y actuarees subjetivos en los cuales se ejerce por parte de los efectivos penitenciarios un actuar negligente que va directamente en contra de la orgánica institucional la cual deben amparar.

2. GENDARMERIA DE CHILE: ENTE PROTAGONISTA ENCARGADO DEL CENTRO PENITENCIARIO

Históricamente siempre ha existido la contraparte, de forma más simple en el caso de un asesino, siendo su contraparte la víctima y así podemos continuar con un largo prontuario de ejemplos que introduzcan este punto, en nuestro país este fenómeno contempla a la población condenada a una pena privativa de libertad y a la institución a cargo del funcionamiento y administración de la unidad penal, el nombre de dicha institución, Gendarmería de Chile, la cual se regula primeramente en la “*Ley Orgánica*

⁴⁵ Decreto 518, cit. N.º 34, art. 81.

de Gendarmería de Chile, Ley N° 2.859 de 1979”⁴⁶, la que se encargada de explicar su naturaleza y objetivo entre otros aspectos que conforman la estructura orgánica de dicha institución.

Con el avanzar del tiempo, la ley orgánica de Gendarmería debió ser modificada, con el propósito de su modernización, así lo establece la *Ley N° 21.209 de 6 de Febrero de 2020 que Moderniza la carrera funcionaria en Gendarmería de Chile*⁴⁷, si bien esta modernización se centra en lo administrativo financiero, no se indica nada sobre los derechos los cuales son titulares los gendarmes, el hecho de estar en una realidad completamente hostil, requiere de asegurar al funcionario para así poder llevar a cabo un trabajo idóneo bajo los estándares óptimos, si bien esto puede sonar garantista, esto se responde en una regla básica, si las condiciones son óptimas, el trabajo también lo será.

A) DERECHOS ASEGURADOS POR LA LEY Y LAS INSTITUCIONES

En relación a lo señalado, es que debemos conocer en primer lugar cuales son los derechos que amparan a los funcionarios, no podemos encontrar un catálogo que específicamente provenga de Gendarmería, al ser esta institución de Derecho Público, sus lineamientos en lo que concierne a derechos y obligaciones se regulan en el *Decreto con Fuerza de Ley N° 29 que fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo*⁴⁸.

Particularmente los derechos se mencionan en el “*Título IV de los derechos funcionarios*”, que si bien son genéricos respecto al entendimiento y aplicación, sobre los funcionarios que se desempeñan directamente al interior del penal, podríamos

⁴⁶ BCN, Decreto 2859, *Fija Ley Orgánica de Gendarmería de Chile*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 15 de septiembre de 1979. Última Versión. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=7015> [Fecha de consulta: 22 de octubre de 2023]

⁴⁷ BCN, Ley N° 21.209, *Moderniza la Carrera Funcionaria en Gendarmería de Chile*, Ministerio de Justicia, 06 de febrero de 2020. Última versión. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1142040> [Fecha de consulta: 22 de octubre de 2023]

⁴⁸ BCN, DFL 29, *Fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo*, Ministerio de Hacienda, 16 de marzo de 2005. Última versión. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=236392> [Fecha de consulta: 23 de octubre de 2023]

considerar ciertos derechos que presentan el carácter de importante como lo sería el Artículo 90, inciso primero, *“Los funcionarios tendrán derecho, además, a ser defendidos y a exigir que la institución a que pertenezcan persiga la responsabilidad civil y criminal de las personas que atenten contra su vida o su integridad corporal, con motivo del desempeño de sus funciones, o que, por dicho motivo, los injurien o calumnien en cualquier forma.”*⁴⁹, esto supone una constante en la relación al interior del penal, debido a lo frecuente del contacto entre los Gendarmes y la población reclusa.

No olvidar que los funcionarios están en constante movimiento, el traslado de los funcionarios a otras regiones es más habitual de lo que se cree, y esta acción también se ampara en dicho estatuto, así lo contempla el Artículo 91 *“El funcionario tendrá derecho a ocupar con su familia, gratuitamente, la vivienda que exista en el lugar en que funcione la institución (...), sin embargo dicho presente, enuncia una salvedad, respecto a la labor misma que promueve el traslado, “cuando la naturaleza de sus labores sea la mantención o vigilancia permanente del recinto y esté obligado a vivir en él. Aún en el caso de que el funcionario no esté obligado por sus funciones a habitar la casa habitación destinada al servicio, tendrá derecho a que le sea cedida para vivir con su familia. En este caso, pagará una renta equivalente al diez por ciento del sueldo asignado al cargo, suma que le será descontada mensualmente”*⁵⁰.

Lo que se conoce sobre la existencia de derechos que permitan un mejor desarrollo de las funciones laborales de los gendarmes, se sustenta como recién mencionamos en el *Estatuto Administrativo*, debe ser necesario un tratamiento por parte de la misma institución que garantice también la dignidad de los funcionarios al interior de las cárceles, se debe trabajar en la ponderación de derechos y garantías atendiendo además que actualmente se vive un crisis penitenciaria, que tiene tintes humanitarios y/o administrativos, teniendo en óptimas condiciones a quienes deben hacer cumplir la ley y velar por un correcto funcionamiento que traiga consigo una

⁴⁹ DFL 29, cit. N. ° 48, art. 90.

⁵⁰ DFL 29, cit. N. ° 48, art. 91.

relación prolija para con los internos, será un más sencillo poder solventar dicha crisis.

B) OBLIGACIONES DENTRO DEL SISTEMA PENITENCIARIO

Con relación a las obligaciones a los cuales están sujetos los funcionarios de gendarmería, debemos saber de antemano que normas con carácter orgánico enuncian una gama de obligaciones según la categoría o el rango en el que se encuentren sus funcionarios, en este sentido clasificaremos dichas obligaciones en orden según la naturaleza del cargo y su implicancia en el tema principal de esta tesis:

i) OBLIGACIONES RESPECTO DEL DIRECTOR NACIONAL:

Indicadas y contenidas en el artículo 6 de la Ley N° 2859.

“Dirigir y administrar el servicio; Disponer los estudios necesarios para el desarrollo y ejecución de las políticas penitenciarias; Deducir querrela de conformidad al artículo III del Código Procesal Penal, cuando se refiera a hechos que revistan caracteres de delito; Determinar los establecimientos en que los condenados cumplirán sus penas y disponer los traslados de ellos de acuerdo con la reglamentación vigente; Disponer y señalar el establecimiento donde los detenidos e imputados deben permanecer privados de libertad, recabando la autorización del juez competente cuando deban salir del territorio jurisdiccional del tribunal de la causa.”⁵¹

Este último enunciado va en directa relación con lo estipulado en el artículo 15 y siguientes, que declara las sanciones a causa de las diversas lesiones que atenten contra el bienestar del personal, así por ejemplo encontramos los siguientes preceptos:

“Artículo 15 A.- El que matare a un miembro de Gendarmería de Chile durante el desempeño de sus funciones o en razón de ellas, será castigado con la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado.

Artículo 15 B.- El que hiriere, golpeare o maltratare de obra a un miembro de Gendarmería de Chile durante el desempeño de sus funciones o en razón de ellas, será

⁵¹ Decreto 2859, cit. N. ° 46, art. 6.

castigado: 1. Con la pena de presidio mayor en su grado medio a máximo, si del resultado de las lesiones quedare el ofendido demente, inútil para el trabajo, impotente, impedido de algún miembro importante o notablemente deforme; 2. Con presidio mayor en su grado mínimo, si las lesiones produjeran al ofendido enfermedad o incapacidad para el trabajo por más de treinta días; 3. Con presidio menor en su grado medio a máximo, si le causare lesiones menos graves; 4. Con presidio menor en su grado mínimo, si le ocasionare lesiones leves.

Artículo 15 C.- Cuando la víctima de los delitos establecidos en los artículos 395 y 396 del Código Penal sea un miembro de Gendarmería de Chile en el ejercicio de sus funciones, se aplicarán las penas que siguen: 1° Con presidio mayor en su grado máximo, cuando fuere víctima del delito establecido en el artículo 395; 2° Con presidio mayor en su grado medio, cuando fuere víctima del delito establecido en el inciso primero del artículo 396; 3° Con presidio menor en su grado máximo, cuando lo fuere del delito establecido en el inciso segundo del artículo 396.

Artículo 15 D.- El que amenazare a un miembro de Gendarmería de Chile en los términos de los artículos 296 y 297 del Código Penal durante el desempeño de sus funciones o en razón de ellas, será castigado con el grado máximo de las penas previstas en dichos artículos para los distintos tipos de amenazas contemplados por éstos.”⁵²

Esta lista sólo representa un escaño de las múltiples atribuciones que tiene el director Nacional, mencionar que lo presentado es solo lo que relaciona con el tema en cuestión y eso parcialmente ligado al trato entre funcionarios y población penal, administrativamente respecto de las sanciones en caso de incumplimiento o falta cometida por sus subordinados, así lo precisa el mismo artículo 6 número 16 “ *Ordenar la instrucción de sumarios o investigaciones sumarias, y aplicar las medidas disciplinarias, que corresponda, de acuerdo a la ley y reglamentos.*”⁵³, que se contrapone en su actuar respecto a lo que se refiere el Artículo 15, “*El personal de*

⁵² Decreto 2859, cit. N. ° 46, art. 15.

⁵³ Decreto 2859, cit. N. ° 46, art. 6.

*gendarmería deberá otorgar a cada persona bajo su cuidado un trato digno propio de su condición humana. Cualquier trato vejatorio o abuso de autoridad será debidamente sancionado conforme a las leyes y reglamentos vigentes.”.*⁵⁴

C) SANCIONES FRENTE A LAS FALTAS COMETIDAS POR FUNCIONARIOS DENTRO DE LAS INSTALACIONES

No es un misterio que el actuar de ciertos funcionarios se aleja completamente lo deseado y sobre todo a lo que establecen los lineamientos internos y propios de la institución, conductas que presentan un carácter progresivo en cuanto a su agresividad e intencionalidad de causar un daño severo en el interno perjudicado, y esto solo si lo dejamos en la acción que compromete físicamente al privado de libertad, siendo otras conductas también lesivas al reglamento de Gendarmería, la extorsión, amenazas, entre otras faltas que se relacionan hasta con el familiar del recluso, así lo enuncia el *DFL 253 que Aprueba el Reglamento de Disciplina para el personal de Gendarmería de Chile*.⁵⁵

El decreto mencionado que establece las sanciones a las diversas faltas cometidas por los funcionarios en su artículo 23 titulado “*Son faltas contra la disciplina, entre otras las siguientes*”⁵⁶ numerales finales, hacemos hincapié precisamente en estos numerales, debido a su relación en materia penitenciaria y vínculo con la población privada de libertad:

“Artículo 23 N° 43, Arrogarse atribuciones de otras autoridades o impedir la ejecución de una orden emanada de tribunal competente; Artículo 23 N° 45, Seducir o solicitar a familiares o visitas de los reclusos; Artículo 23 N° 49 Maltratar de palabra o de hecho a los reclusos; Artículo 23 N° 50 Incitar a los reclusos a que tengan reyertas o disputas entre ellos, permitirles o proporcionarles armas; Artículo 23 N° 51

⁵⁴ Decreto 2859, cit. N. ° 46, art. 15.

⁵⁵ BCN, DFL 253, *Aprueba reglamento de disciplina para personal de Gendarmería de Chile*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 21 de marzo de 1983. Última versión. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?i=5211&f=1983-03-21> [Fecha de consulta: 22 de octubre de 2023]

⁵⁶ DFL 253, cit. N. ° 55, art. 23.

*Facilitar el ingreso de libros, folletos o publicaciones que atenten contra la moral, las buenas costumbres, la seguridad, la disciplina y el tratamiento penitenciario, y; Artículo 23 N° 52 Introducir o facilitar el ingreso o el uso de elementos que se empleen en juegos prohibidos, o el ingreso, uso, fabricación o circulación de bebidas alcohólicas, especies excitantes o inmorales, drogas o alcaloides.*⁵⁷

Estas son sólo algunas acciones que atentan contra el funcionamiento al interior del penal, aun así se han presentado situaciones en las cuales el maltrato ha llegado a grados tales que configuran un delito que tristemente se pensaba ya no se volverían dar casos, dicho delito que lleva por nombre *Tortura, apremios ilegítimos y vejación injusta*, si bien estos mismos actos presentan una conducta residual respecto a su aplicación, esto explicado de forma más simple, todo lo que no alcance a configurar tortura será apremio o vejación, estos regulados en el *Código Penal artículo 150, letra A, B, C, D y E*⁵⁸, se vincula directamente al actuar de los funcionarios de Gendarmería en el Artículo 150 letra A *“El empleado público que, abusando de su cargo o sus funciones, aplicare, ordenare o consintiere en que se aplique tortura, será penado con presidio mayor en su grado mínimo (...)*, en primer lugar se presenta el sujeto activo que en este caso presenta una condición especial, puesto que se trata de un funcionario público y que supone el actuar directo en este delito pero no deja en el olvido la omisión *Igual sanción se impondrá al empleado público que, conociendo de la ocurrencia de estas conductas, no impidiere o no hiciere cesar la aplicación de tortura, teniendo la facultad o autoridad necesaria para ello o estando en posición para hacerlo. La misma pena se aplicará al particular que, en el ejercicio de funciones públicas, o a instigación de un empleado público, o con el consentimiento o aquiescencia de éste, ejecutare los actos a que se refiere este artículo.*”⁵⁹

Por otro lado respecto del Apremio Ilegítimo el Código Penal se refiere

⁵⁷ DFL 253, cit. N. ° 55, art. 23.

⁵⁸ BCN, *Código Penal*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 12 de noviembre de 1874. Última versión. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1984> [Fecha de consulta: 23 de octubre de 2023]

⁵⁹ *Código Penal*, cit. N. ° 58, art. 150 letra a.

conceptualizándolo también *“El empleado público que, en incumplimiento de los reglamentos respectivos actúe abusando de su cargo o que en el ejercicio de sus funciones, aplique, ordene o consienta en que se apliquen apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, que no alcancen por su gravedad a constituir tortura, será castigado con las penas de presidio menor en sus grados medio a máximo y la accesoria correspondiente. Igual sanción se impondrá al empleado público que, conociendo de la ocurrencia de estas conductas, no impida o no haga cesar la aplicación de los apremios o de los otros tratos, teniendo la facultad o autoridad necesaria para ello y estando en posición para hacerlo.”*⁶⁰

Nos referimos particularmente a este delito, como mencionábamos anteriormente por la forma en que se configura dicho delito, es habitual que estos delitos se den con mayor frecuencia al interior de los recintos penales, debido a la frecuencia y la dinámica al interior de dichos recintos, si bien la sobrepoblación penal, la vida al interior del penal, la convivencia entre recluso y funcionario que se afecta directamente por esta crisis penitenciaria.

La importancia de comprender este punto supone el reconocimiento ante las garantías y derechos fundamentales que se trasgreden en circunstancias de diversa índole que se respaldan en sentencias condenatorias a funcionarios de Gendarmería de Chile, otorgando con ello una panorama optimista en la tarea de resguardar la dignidad humana de aquel interno al interior del penal, una tarea que posicionándonos en nuestra sociedad no puede estar ajeno.

⁶⁰ *Código Penal*, cit. N. ° 58, art. 150 letra d.

CAPITULO III: PROPUESTA POLITICO-CRIMINAL

En atención a lo expuesto en los capítulos precedentes, podemos apreciar que si bien se ha hecho el intento por parte de la doctrina de darle un sitio que atienda de forma particular los diversos conflictos que se presentan en la relación penitenciaria, propuestas colisionan en diversos aspectos como, por ejemplo, lo que guarda relación al concepto, ámbito de aplicación entre otros. Surge y, con urgencia, el dar soluciones prácticas que contribuyan a satisfacer y solventar las problemáticas que hoy por hoy conforman la crisis penitenciaria.

Lo pretendido ya en esta altura de la presente tesis, se limita a la presentación de una propuesta que contribuya a la materialización de un sistema penitenciario idóneo a nuestros tiempos y que vaya en directa relación con principios bases que sirvieron de base para la comprensión de los diversos cuerpos normativos que conocemos y estudiamos y también que se encaminen en pro de una mejora que beneficie tanto a la población privada de libertad como a los funcionarios que se encargan de los distintos penales que se asientan en nuestro país, en concreto esta propuesta es una codificación respecto del Derecho Penitenciario, consagrando a este último como una disciplina autónoma dentro de nuestro ordenamiento jurídico, con sus propios preceptos, finalidades y procedimientos, pero por sobre todo, una finalidad a la misma pena que si concuerde con la realidad y materialización.

1. CODIFICACIÓN DEL DERECHO PENITENCIARIO

Estando ya ubicados en este punto dentro de esta tesis, nos encontramos en condiciones para colocar en la palestra una propuesta que vaya en pro del tema en análisis, la idea de un código que se remita exclusivamente al pleno tratamiento de los conflictos que se presentan al interior de los recintos penales, garantías, procedimientos, autoridades, derechos y obligaciones de todas las partes.

Para dar forma a lo expuesto en los párrafos precedentes, comenzaremos desde lo macro a lo micro, conociendo primeramente a la definición de *Código* en su sentido

jurídico, así la RAE (Real Academia Española) lo define “*Conjunto de normas legales sistemáticas que regulan unitariamente una materia determinada*”⁶¹, esta acepción aporta claramente la particularidad de atender al Derecho Penitenciario de forma específica. Si consideramos la misma definición, la idea de unificar una materia determinada sigue la naturaleza misma de las palabras, así que, presentando la idea de codificación abordó uno de los problemas principales que pudimos ver en los capítulos predecesores, toda vez que abordamos los problemas de desorganización y variación en cuanto a las fuentes de área penitenciaria en el ordenamiento jurídico chileno.

Ahora bien a la acción que busca la materialización de un código, se le denomina *Codificación* y el cual tiene como propósito en su amplitud conceptual “*Acción y efecto de codificar*”⁶², tenemos entonces el concepto y esto llevado a cabo en su materialización nos entregará el código el cual su propósito ya se ha mencionado a lo largo de esta tesis.

En concreto debemos establecer cuál será el contenido y los tópicos que se podrían presentar en dicho cuerpo normativo, un objetivo que claramente debe cumplir este código es poner de manifiesto un claro y conciso contenido respecto a la definición del Derecho Penitenciario, junto con ello determinar la competencia, que para efectos de esta tesis es el poder dar una plena cobertura al ámbito penitenciario sobre todo frente a los problemas que enfrenta la población penal y Gendarmería. Este proceso debe contener con principios orientadores que contribuyan al establecimiento de las bases que guiarán este código, responsabilidad, independencia, legalidad, entre otros principios que se tratarán dentro de este capítulo.

⁶¹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la lengua española. Disponible en: <https://dle.rae.es/código> [Fecha de consulta: 23 de noviembre de 2023].

⁶² REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la lengua española. Disponible en: <https://dle.rae.es/codificación> [Fecha de consulta: 23 de noviembre de 2023]

A) PRINCIPIOS ORIENTADORES

Tal como se estudia el Derecho, uno de los primeros aspectos a conocer, es respecto a las bases que dan forma a esta ciencia y sus diversas áreas, estos son los principios orientadores, definidos por la RAE, como “*Norma o idea fundamental que rige el pensamiento el pensamiento o la conducta*”⁶³, esta definición se delimita respecto al ámbito jurídico y es menester que se componga de tales principios, como bien lo enuncia su definición, la idea fundamental debe ser concordante con el progresivo desarrollo que se pretende alcanzar en relación al creciente problema penitenciario.

De forma introductoria mencionábamos algunos principios rectores que serían presentados para dar el sustento dogmático necesario que debe contener un precepto legal como este, sobre todo comprendiendo la vida y la condición de la integridad humana al interior de la cárcel, principios idóneos para este código serian el Legalidad, Resocialización, Protección, que serán presentados junto con un breve análisis.

i. PRINCIPIO DE LEGALIDAD

El diccionario panhispánico del español jurídico, atiende a este principio estableciendo “*Principio jurídico que sustenta el Estado de derecho, en virtud del cual los poderes públicos están sometidos a la ley y al derecho.*”⁶⁴, este concepto lo encontramos como la base que se mas se aplica en varios de los códigos que existen en nuestro ordenamiento jurídico, sin embargo el mismo diccionario es quien ubica este concepto en un ámbito penal el cual enuncia que es un *principio jurídico según el cual no puede castigarse una acción u omisión si no está prevista como delito en una ley. Nullum crime sine lege*⁶⁵, esto llevado al ámbito el cual motivo esta tesis, es de vital importancia puesto que GENCHI debe encuadrar el total de sus actuaciones a lo

⁶³ Real Academia Española, Diccionario de la lengua española. Disponible en: <https://dle.rae.es/principio> [Fecha de consulta: 23 de noviembre de 2023]

⁶⁴ Real Academia Española, Diccionario Panhispánico del español jurídico. Disponible en: <https://dpej.rae.es/lema/principio-de-legalidad> [Fecha de consulta: 23 de noviembre de 2023]

⁶⁵ RAE, Diccionario, cit. N.º 64.

establecido en la ley.

En relación con su función Luis Vergara Cisterna en su artículo *La eficacia de la garantía de legalidad en el régimen cerrado del sistema de ejecución penal chileno*⁶⁶, se refiere a la función a la que está sujeta este principio, la cual en relación a la *función de legitimación*, dicho autor comenta “*hemos de concebir una forma de administrar el poder punitivo del Estado sujeto a límites, que resultan infranqueables para que su ejercicio se justifique y sea este el corolario de la soberanía popular*”.⁶⁷, precepto no tan alejado de lo que se consagra constitucionalmente a lo referido sobre la organización política del estado. Respecto a su *función de garantía* el autor hace hincapié en la vinculación de los poderes del Estado a la ley, y su restricción solo podrá ser tolerada cuando estos poderes encuadren sus actuaciones en los casos abstractos que este instrumento contemple⁶⁸, velar para la correcta elaboración de un código en materia penitenciaria que debe cumplir a cabalidad con el desarrollo pleno del principio de legalidad como requisito mínimo que lo conforma es clave.

ii. REINSERCIÓN O RESOCIALIZACIÓN

Si bien no se refiere a un principio titular a lo largo del tiempo, comienza a surgir y a consagrarse como tal debido a las diversas reformas que han tenido como actor el área penitenciaria, sin embargo en nuestra actualidad se hace indispensable reformar el real propósito de la pena, Mercedes García Arán se pronuncia respecto a este último punto declarando lo siguiente “*La cárcel ha estado siempre vinculada a la idea de castigo y compensación del daño producido por el delito*”⁶⁹, la idea de un

⁶⁶ VERGARA CISTERNA, Luis, Proyecto de tesis o actividad formativa equivalente a tesis: la eficacia de la garantía de legalidad en el régimen cerrado del sistema de ejecución penal chileno, *Repositorio Universidad de Chile*, 2018. Disponible en: https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/170178/La_eficacia_de_la_garantia_de_legalidad_en_el_regimen_cerrado_del_sistema_de_ejecucion_penal_chileno.pdf?sequence=1&isAllowed=y [Fecha de consulta: 24 de noviembre]

⁶⁷ VERGARA, Proyecto, cit. N.º 66, p. 24.

⁶⁸ VERGARA, Proyecto, cit. N.º 66, p. 25.

⁶⁹ GARCÍA ARÁN, Mercedes, *La ejecución penitenciaria en una sociedad cambiante: hacia un nuevo modelo*, p. 4. Disponible en: http://www.acaip.info/topas/la_ejecucion_penitenciaria_en_una_sociedad_cambiante_hacia_un_nuevo_modelo.pdf [Fecha de consulta: 24 de noviembre de 2023]

sistema plenamente retributivo ya queda obsoleta considerando las diversas herramientas internacionales que buscan dignificar las condiciones humanas y así también el integro respeto a la integridad de la persona.

José Ávila Herrera en el artículo que lleva por título *El Derecho de Ejecución Penal de cara al presente siglo: problemas, orientaciones, retos y perspectivas*, se refiere al principio de resocialización “*el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 10.3) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 5.6), que asumen expresamente el ideal de la “resocialización” como fin u objetivo de la ejecución de las penas. En realidad, todos los textos normativos de nuestro entorno cultural han establecido, con diferentes fórmulas, que la resocialización, la reeducación o la reinserción social constituyen el objetivo de la ejecución de penas de encierro.*”⁷⁰, teniendo en consideración lo expuesto por estos dos destacados autores se debe potenciar este principio en pro del verdadero propósito que debe tener la ejecución de la pena en nuestra actualidad, más aun comprendiendo que en nuestro día a día, se ha volcado más a lo retributivo.

Las reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, aborda este tópico particularmente en su artículo 60.2 “*Es conveniente que, antes del término de la ejecución de una pena o medida, se adopten los medios necesarios para asegurar al recluso un retorno progresivo a la vida en sociedad. Este propósito puede alcanzarse, según los casos, con un régimen preparatorio para la liberación, organizado dentro del mismo establecimiento o en otra institución apropiada, o mediante una liberación condicional, bajo una vigilancia que no deberá ser confiada a la policía, sino que comprenderá una asistencia social eficaz.*”⁷¹, no es descabellado pensar que nuestra

⁷⁰ AVILA HERRERA, José, “El Derecho de Ejecución Penal de cara al presente siglo: problemas, orientaciones, retos y perspectivas, Centro de estudios de Derecho Penitenciario”, Centro de estudios de Derecho Penitenciario, 2011, p. 16. Disponible en: <https://www.studocu.com/pe/document/universidad-nacional-de-huancavelica/derecho-penal/avila-herrera-sistema-penitenciario/13552789> [Fecha de consulta: 24 de noviembre de 2023]

⁷¹ Naciones Unidas, Oficina de Derechos Humanos, *Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos*, p. 12. Disponible en https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Brochure_on_the_The_UN_Standard_Minimum_the_Nelson_Mandela_Rules-S.pdf [Fecha de consulta: 26 de noviembre de 2023]

sociedad al tener esta noción castigadora, prive al interno incluso de su esfera familiar, llegando a generalizar y encasillar a su círculo más íntimo como un grupo marginal por la conducta realizada por quien esta privado de libertad, así como velar por un óptimo desarrollo con sus pares, esto nuevamente es tomado en cuenta al momento de referirnos al tratamiento del recluso, de forma particular este documento internacional se refiere en su artículo 78. *Para el bienestar físico y mental de los reclusos se organizarán actividades recreativas y culturales en todos los establecimientos. Relaciones sociales, ayuda post-penitenciaria. (...), este vinculado al día a día de los internos y en su artículo 79 que se pronuncia sobre su vínculo familiar, el cual enuncia; Se velará particularmente por el mantenimiento y el mejoramiento de las relaciones entre el recluso y su familia, cuando éstas sean convenientes para ambas partes.*⁷².

iii. PRINCIPIO DE PROTECCIÓN

Protección en su sentido jurídico el diccionario panhispánico del español jurídico lo define *“Herramienta para proteger los derechos constitucionales de las personas, frente a vulneraciones o lesiones a sus derechos de parte de la autoridad pública y, bajo ciertos supuestos, de particulares.”*⁷³, del mismo concepto podemos desprender claramente la finalidad que este persigue, llevando este punto al tema en cuestión, ya hemos podido visibilizar ciertos tópicos, por ejemplo la protección que debe tener el interno debido a su desventaja estando este privado de libertad, en lo que en párrafos anteriores hemos mencionado como la relación vertical entre el interno y la institución a cargo de la administración del penal.

Las Naciones Unidas de Derechos Humanos, en su instrumento universal que trata los principios básicos para el tratamiento de los reclusos, en su apartado número uno saca a colación *“Todos los reclusos serán tratados con el respeto que merecen su*

⁷² NACIONES, *Reglas*, cit. N.º 71, p. 16.

⁷³ Real Academia Española, Diccionario Panhispánico del español jurídico. Disponible en: <https://dpej.rae.es/lema/acción-de-protección> [Fecha de consulta: 26 de noviembre de 2023]

dignidad y valor inherentes de seres humanos”⁷⁴, se enuncia también que los principios que se enuncian en el artículo mencionado queda de manifiesto su aplicación imparcial, lo cual asegura la puesta en práctica de dicho instrumento.

El Instituto Nacional de Derechos Humanos se pronuncia sobre la protección y una variada gama de otros principios en el documento que lleva por nombre *Estándares Internacionales en materia de personas privadas de libertad y condiciones de los centros penitenciarios: sistematización, análisis y propuestas*⁷⁵, aborda también la protección e igualdad ante la ley señalando en su artículo séptimo lo siguiente, “*Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación*”⁷⁶, si bien este precepto busca evitar cualquier acto discriminatorio, al ser universal se establece como piso base para posteriormente determinar sus diversas aplicaciones a lo largo de nuestro ordenamiento jurídico.

B) JUEZ DE VIGILANCIA PENITENCIARIA O DE EJECUCION

El segundo aspecto que para apreciación de este autor debe ser tomado en consideración y en la perspectiva más optimista su aplicación en la materia objeto de esta tesis, es la aparición de la figura del Juez de Vigilancia Penitenciaria, como reseña introductoria nos encontramos nuevamente con una definición que nos permite adentrarnos poco a poco en el tema en cuestión, así el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico le da el siguiente concepto: “*Juez que ejerce funciones en materia de ejecución de penas privativas de libertad y medidas de seguridad, emisión y ejecución de los instrumentos de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión*

⁷⁴ Oficina de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Principios básicos para el tratamiento de los reclusos*. Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/basic-principles-treatment-prisoners> [Fecha de consulta: 26 de noviembre de 2023]

⁷⁵ Instituto Nacional de Derecho Humanos, *Estándares internacionales en materia de personas privadas de libertad y condiciones de los centros penitenciarios: sistematización, análisis y propuestas*. Disponible en: <https://bibliotecadigital.indh.cl/items/9a0442a6-6866-4f4c-a3af-112629030c18> [Fecha de consulta: 27 de noviembre de 2023]

⁷⁶ INDH, *Estándares*, cit. N.º 75, p. 31.

Europea que les atribuya la ley, control jurisdiccional de la potestad disciplinaria de las autoridades penitenciarias, amparo de los derechos y beneficios de los internos en los establecimientos penitenciarios y demás que señale la ley”⁷⁷, del concepto podemos desprender sin mayor análisis su área de competencia, sin embargo esto en nuestro país aún no encuentra una aplicación concreta.

Tomando en consideración lo dicho anteriormente, supone de urgencia la presencia del juez de vigilancia, para hacer frente a las actuaciones que dan forma a las situaciones que atentan contra la población penal, y esto tomando en consideración lo que solo respecta en un área determinada, sabemos que también se encargaría de la vigilancia respecto a la ejecución de las penas y medidas de seguridad, además de estar a cargo de fiscalizar porque no, el organigrama de Gendarmería.

En el artículo publicado por Jaime Vivanco Sepúlveda y Roberto Dufraix Tapia el cual lleva por nombre *Necesidad del establecimiento de juzgados de ejecución de penas y medidas de seguridad en Chile*⁷⁸, se encargan de dar una óptima cobertura respecto a la figura que da vida primeramente al juzgado de ejecución y en consecuencia a la figura del Juez de Ejecución o también llamado el Juez de Vigilancia Penitenciaria.

Tomamos entonces en palabras de los mencionados autores, desde el derecho comparado se refieren a su instalación en España, *se crea esta figura en el año 1979, sufriendo algunas modificaciones con la posterior entrada en vigencia del Código penal de 1995 con su respectivo Reglamento Penitenciario de 1996.(...)*, conocer el tiempo en el cual se aplica en materia penitenciaria el juez de vigilancia, nos hace pensar que nuestro país sigue en una esfera arcaica en lo que guarda relación con un

⁷⁷ Real Academia Española, Diccionario Panhispánico del español jurídico. Disponible en: <https://dpej.rae.es/lema/juez-de-vigilancia-penitenciaria> [Fecha de consulta: 11 de noviembre de 2023]

⁷⁸ VIVANCO, Jaime, DUFRAIX, Roberto, “Necesidad del establecimiento de juzgados de ejecución de penas y medidas de seguridad en Chile”, Revista Jurídica Regional y Subregional Andina 9, Iquique, Chile, 2009. Disponible en: https://www.academia.edu/15331325/Necesidad_del_establecimiento_de_juzgados_de_ejecuci%C3%B3n_de_penas_y_medidas_de_seguridad_en_Chile?email_work_card=view-paper [Fecha de consulta: 12 de noviembre de 2023]

óptimo tratamiento en materia penitenciaria, en lo que respecta al desarrollo de sus funciones se indica lo siguiente *lo que le permite tener facultades para actuar de oficio, lo cual nos parece acertado; no así la designación de Juez de Vigilancia Penitenciaria, en la medida en que esta expresión puede entenderse como que ejercen una especie de supervigilancia sobre el servicio público encargado de las prisiones*⁷⁹, parece la aproximación más idónea en cuanto a su terminología y su aplicación.

Consideramos España debido a su mayor exactitud al momento de determinar su aplicación, sin embargo no es descabellado tener en consideración la aparición e instauración de esta figura en Latinoamérica, así *“Por lo visto, fue Brasil el primer país que introdujo en su legislación la figura del Juez de Ejecución Penal, en el año 1922, siendo sus atribuciones bastante más amplias que las relativas al control de la ejecución penal, extendiéndose a la posibilidad de cursar instrucciones y órdenes generales a los responsables de la Administración Penitenciaria (...), es evidente el como Brasil se adelanta en su época dándole una plena cobertura y calma aplicación, esto considerando el año en el que se pone en marcha esta institución, por otro lado la República Argentina incluye al Juez de Ejecución Penal a partir de la reforma del año 1992. Actualmente, se han sumado a tal incorporación las legislaciones de Colombia, Paraguay y Venezuela, entre otras.*⁸⁰, el legislador tomando en consideración como ha avanzado el tratamiento penitenciario, debe procurar una observación clínica frente a la crisis carcelaria que nos aqueja hoy en día y visto de una forma más filosófica, si queremos llegar al país desarrollado que queremos ser, nos debemos dejar a nadie atrás y eso también incluye a la población penal que cumple condena bajo el régimen cerrado.

El Doctor en Derecho Mario Durán, se une a la examinación de la viabilidad que presentaría la inclusión de del Juez de Ejecución en nuestro sistema penitenciario expresando *“la necesaria especialización y exclusividad que requiere una materia jurisdiccional cada vez más compleja, reglamentada y con múltiples variables a*

⁷⁹ “Necesidad”, cit. N. °78, p. 3.

⁸⁰ “Necesidad”, cit. N. °78, p. 3.

considerar que exceden lo meramente jurídico. Otra, relacionada con la necesaria eficacia del control de la ejecución de las sanciones y el respeto de los derechos fundamentales de los reclusos.”⁸¹, destacar los dos tópicos que se pueden visualizar en el comentario entregado por este autor, si bien estamos en presencia de la posibilidad del juez de vigilancia o de ejecución en nuestro país, como tema aparte no se descuida en ningún momento la consagración y el íntegro respeto a los derechos establecidos en nuestra carta fundamental.

Tomando en consideración la existencia de esta figura, debemos contrastar con lo que hoy por hoy tenemos en nuestro sistema procesal penal, sin duda alguna damos con que su similar es el Juez de Garantía, este último es quien se pretende reformar en lo que respecta a su competencia y funcionalidad, en el artículo homenaje a Carlos Künsemüller, es donde mejor se expresa sobre una posible modificación al Juez de Garantía, primeramente en cuanto la carga de funciones que este tiene, a lo que en palabras de Duran, “*dada la recarga de funciones otorgada habitualmente al Tribunal de Sentencia, entre nosotros, al Tribunal Oral en lo Penal o al Juez de Garantía, que naturalmente les dificulta o derechamente les impide ocuparse con la debida diligencia de la etapa de ejecución*”⁸², frente a este escenario adverso, se vuelve frecuente la mención de una especialización y exclusividad para su correcta aplicación.

Sin perder de vista al resguardo de los derechos constitucionalmente consagrados, Mario Duran afirma lo siguiente, “*la necesaria eficacia del control de la ejecución de las sanciones y el respeto de los derechos fundamentales de los reclusos* (...), ligando lo expresado correctamente por parte de este autor al eje central de esta tesis, podemos suponer un efecto residual, en cuanto al efecto en cadena que se produciría si aplicamos correctamente al juez de ejecución, quedando como un ente

⁸¹ DURÁN, Mario, *La judicialización de la ejecución penal y el Juez de Ejecución en Chile. Contexto, marco internacional funciones y diseño en el proyecto de ley que modifica la ejecución de sanciones penales, Libro homenaje al profesor Carlos Künsemüller Loebenfelder*, p. 1064. Disponible en: https://www.academia.edu/106078383/Dur%C3%A1n_Mario_La_judicializaci%C3%B3n_de_la_ejecuci%C3%B3n_penal_y_el_Juez_de_vigilancia_Penitenciaria_en_Chile?email_work_card=view-paper [Fecha de consulta: 13 de noviembre de 2023]

⁸² “Judicialización” cit. N. °81. p. 1064

fiscalizador respecto al actuar del personal de Gendarmería para con la población penal, en consecuencia, produce efecto en la relación jurídica penitenciaria, pero esta descripción no concluye aquí, se refiere además a una reforma que compromete la ubicación estructural para ello expresa lo siguiente, *en función de la localización del establecimiento penitenciario en el que se encuentre destinado el recluso* ”⁸³, presenta vital importancia la instalación del Juez de Ejecución al interior de los penales, considerando la labor que este tendría, y a raíz de esto, disminuir la sobre carga en labores administrativas que guardan relación a temas penitenciarios.

Carlos Künsemüller de forma precisa nos entrega el siguiente comentario *“otra significativa, sin embargo, es aquella que apela al fundamento jurídico último de la institución del juez penitenciario. Esto es la constatación de que, desde el momento en que el actual juez de garantía debe hacer ejecutar las condenas criminales y las medidas de seguridad y resolver las solicitudes y reclamos relativos a dicha ejecución adopta una competencia que naturalmente no le corresponde, pues de toda lógica que tales cuestiones queden entregadas a un juez o tribunal distinto, esto es, a un Juez de Ejecución en lo Penal o Juez de Cumplimiento Penitenciario. Ello, en razón a que la labor propia del Juez de Garantía se agota con la misión de la correspondiente sentencia y no resulta beneficioso que en una etapa posterior dicte otro tipo de resoluciones que tienen que ver más bien con la etapa final del procedimiento en donde es evidente que se utilizaran criterios distintos a los usados en la etapa de juzgamiento.*⁸⁴.

La separación de competencias al Juez de Garantía respecto de materias penitenciaria, sería un aporte ideal para la construcción de una reforma penitenciaria y con ello lograr el desprendimiento concreto entre el Derecho Penitenciario y el Derecho Administrativo.

En Europa, específicamente en España, la figura del juez de vigilancia supone

⁸³ “Judicialización”, cit. N. °81, p. 1064

⁸⁴ “Judicialización”, cit. N. °81, p. 1065.

un gran avance en materia penitenciaria, destacándola por el resto de los países del mundo que han incluido esta figura en su sistema penitenciario, con esto, “*El juez de vigilancia penitenciaria en España puede ser visto hoy día como una figura jurídica que pretende reivindicar el concepto de ejecución penal, que además propicie sustitutivos de la misma y por ende ejercite las medidas de seguridad tendientes al uso alternativo de sustitutivos penales.*”⁸⁵, de lo citado notamos el verdadero potencial que presenta esta figura, potencia que valga la redundancia nuestro país no puede perder si queremos encaminarnos a subsanar la crisis que actualmente nos aqueja.

La abogada María Ascencio López, nos otorga una vista más estructurada sobre el cómo se aplicó la figura del juez de vigilancia en España, en su artículo que lleva por título *La incorporación constitucional del juez de ejecución de sanciones penales en México (análisis comparativo con España)*⁸⁶, en el cual indica lo siguiente: *España cuenta ya con un marco normativo en el que el Juez de Vigilancia Penitenciaria desempeña muchas de las funciones. Las funciones que le corresponden al Juez de Vigilancia Penitenciaria, quedan recogidas en el artículo 76 de la Ley Orgánica 1/1979.*⁸⁷, es la misma autora quien tomando en consideración la normativa española, resume las funciones, *En otras palabras, dentro de las atribuciones del Juez de Vigilancia, se encuentran el hacer cumplir la pena, resolver los recursos referentes a las modificaciones, salvaguardar derechos de internos, corregir abusos y desviaciones en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario*⁸⁸, dentro del artículo mencionado anteriormente, referente a las atribuciones que tiene el juez de vigilancia damos con determinados puntos que se vinculan directamente al tema principal de esta

⁸⁵HUERTAS DÍAZ, Omar, RUMBO-BONFIL, Cristina, URIBE-TABORDA Alicia, “El juez de vigilancia penitenciaria en España, como referente de la ejecución penal en América Latina”, artículo, Iusta, núm. 48, pp. 73-96, 2018, ISSN-e 2500-5286, ISSN 1900-0448 Universidad Santo Tomás. Disponible en: <https://www.redalyc.org/journal/5603/560360408004/html/> [Fecha de consulta: 15 de noviembre]

⁸⁶ ASCENCIO, María, *La incorporación constitucional del juez de ejecución de sanciones penales en México (Análisis comparativo con España)*, Universidad de Guadalajara, 2016. p. 22, https://repositorioinstitucional.ceu.es/bitstream/10637/8102/1/Incorporacion_YolandaAscencio_CEUTesis_2016.pdf [Fecha de consulta: 07 de diciembre].

⁸⁷ La incorporación, Cit. N.º86, p. 22

⁸⁸ La incorporación, Cit. N.º86, p. 23.

tesis, particularmente en las letras *d) Aprobar las sanciones de aislamiento en celda de duración superior a catorce días. e) Resolver por vía de recurso las reclamaciones que formulen los internos sobre sanciones disciplinarias. g) Acordar lo que proceda sobre las peticiones o quejas que los internos formulen en relación con el régimen y el tratamiento penitenciario en cuanto afecte a los derechos fundamentales o a los derechos y beneficio penitenciarios de aquéllos.*⁸⁹

Es claro que en Europa la competencia de esta figura está marcada por la cobertura y tratamiento penitenciario en pro de los internos, lo expresado en el párrafo anterior, hace parecer utópico el cómo se desarrolla la vida carcelaria en España manteniendo un equilibrio idóneo entre los internos y los funcionarios a cargo de la prisión, siendo que no hay un estado de igualdad en lo que respecta a la relación entre ambos, ahora ubicándonos en Chile aún no se logra consolidar una reforma penitenciaria que contemple la instalación y posterior aplicación de las diversas modificaciones que debe encaminarse a un pleno desarrollo penitenciario.

C) DELIMITACION DE COMPETENCIA Y FUNCIONES

Con lo desarrollado anteriormente, ya nos encontramos en el punto en el cual debemos demarcar las funciones que de forma idónea debería contener el código del cual se ha hablado en el presente capítulo, si bien hicimos varias menciones que nos adentran en el presente análisis, no debemos olvidar el eje central de esta tesis, que es la relación jurídica penitenciaria, llega el momento de confeccionar con relación a lo expuesto en los diversos capítulos que conforman esta investigación.

La presente memoria, plantea en su inicio, el desarrollo de un código que se ajuste a solventar las problemáticas que surgen al interior de los penales, este cuerpo normativo debe establecer el área en la cual se encontrara regulada, podemos tomar como referencia que lo penitenciario se encadena al Derecho Procesal Penal, en lo que

⁸⁹ Boletín Oficial del Estado, Ley Orgánica 1/1979, España, 1979., p. 22. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1979/BOE-A-1979-23708-consolidado.pdf> [Fecha de consulta: 16 de diciembre]

guarda relación a la ejecución y la supervisión del recinto carcelario, en los párrafos precedentes hemos podido conocer el fundamento doctrinal que sustenta esta teoría, volviendo al derecho comparado nos situamos nuevamente en España, *tras la Constitución de 1978. Lo cual acarreará importantes cambios tanto en la forma de Estado como de Gobierno, y por consiguiente en las relaciones jurídicas que se establezcan dentro del mismo, consagrando; el principio de legalidad, la reserva de ley para regular los aspectos más importantes que afecten a los ciudadanos, la vigencia de los derechos fundamentales como eje vertebrador de la sociedad, y la instauración de unas garantías que garanticen la efectividad de los mismos.*⁹⁰

Siguiendo la lógica de la historia chilena en su codificación, primero tenemos que entender su aplicación en todo el territorio de la República de manera paulatina, tomando primeramente a comunas más pequeñas, y según la opinión de este tesista, repetir la aplicación del Código Procesal Penal aplicando sus preceptos en las regiones de manera progresiva, para que finalmente termine afectando a todos los recintos penitenciarios de igual manera, a los privados de libertad, sus familiares, funcionarios públicos y funcionarios de la administración de justicia toda vez que sea necesaria su intervención.

Trabajar en una codificación no es algo nuevo en nuestro país, el intento más actual fue el Proyecto de Nueva Constitución del año 2022 que mandaba a crear una nueva ley para el mundo penitenciario en sus disposiciones transitorias, que esperaban tener aplicación dos años después del plebiscito, considerando el Juez de Ejecución penal en el artículo 336 1. *Los tribunales de ejecución de penas velarán por los derechos fundamentales de las personas condenadas o sujetas a medidas de seguridad, conforme a lo reconocido en esta Constitución y a los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos, procurando su integración e inserción social.* 2. *Ejercerán funciones jurisdiccionales en materia de ejecución de penas y medidas de*

⁹⁰ BENITO, Raquel, La relación Jurídica Penitenciaria, especial referencia a la protección de la vida de los reclusos, *Repositorio UAM*, 2007, p. 4. Disponible en: <https://repositorio.uam.es/handle/10486/4578> [Fecha de consulta: 21 de diciembre de 2023]

seguridad, control jurisdiccional de la potestad disciplinaria de las autoridades penitenciarias, protección de los derechos y beneficios de los internos en los establecimientos penitenciarios y demás que señale la ley; artículo 337 1. El sistema de cumplimiento de las sanciones penales y de las medidas de seguridad se organizará sobre la base del respeto a los derechos humanos y tendrá como objetivos el cumplimiento de la pena y la integración e inserción social de la persona que cumpla una condena judicial. 2. Es deber del Estado, en su especial posición de garante frente a las personas privadas de libertad, velar por la protección y ejercicio efectivo de sus derechos fundamentales consagrados en esta Constitución y en los tratados e instrumentos internacionales sobre derechos humanos⁹¹, y además, dándole un sentido claro a la existencia de las penas en nuestro país. Esta propuesta lamentablemente no vio la luz, pero dejó un precepto inspirador ya que en su fundamento eleva el derecho penitenciario a nivel constitucional, dejando completamente abierta la puerta para codificar respetando la jerarquía legal.

Si situamos el derecho penitenciario como parte del proceso penal, estamos directo en su etapa de ejecución, esto comprende desde la sentencia condenatoria de la persona privada de libertad, hasta que esta se encuentre cumplida por completo es un periodo siempre complejo no importando la duración de la misma. Considerando lo anterior la administrabilización de la pena es una transgresión directa a las garantías constitucionales que revisten a todas los habitantes de nuestra república, hacer esa discriminación arbitraria, girar la vista, y aplazar la responsabilidad de nuestro país con aquellos despojados de todo en base a sus acciones, son un reflejo de nuestra sociedad, María Inés Horvitz menciona que *“Hace largo tiempo que el Estado de Chile se encuentra en mora en la satisfacción de los estándares internacionales de protección de los derechos de las personas condenadas a penas privativas de libertad, infracción especialmente grave dada su posición de garante. En este trabajo se indaga en los dispositivos teóricos e institucionales que han permitido instalar, afianzar y perpetuar*

⁹¹ Convención Constitucional de Chile, Propuesta Constitución Política de la República de Chile, p. 124. Disponible en: <https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/07/Texto-Definitivo-CPR-2022-Tapas.pdf> [Fecha de consulta: 15 de diciembre de 2023]

la exclusión del estado de derecho en las cárceles nacionales, manifestada notoriamente en la ausencia de legalidad de la ejecución de las penas privativas de libertad y en la (aún) débil jurisdiccionalidad de los actos abusivos de la administración penitenciaria.”⁹²

Para continuar con el presente análisis es menester establecer dentro de este cuerpo normativo, la inclusión expresa del Juez de Vigilancia Penitenciaria, con el propósito también de descongestionar las múltiples labores del Juez de Garantía para poder desarrollarlo de una mejor manera deberemos entonces tomar como punto de partida, el separar aquellas situaciones que atenten contra los principios que resguardan la dignidad humana de una tramitación meramente administrativa y que se logre desprender de la vigilancia y supervisión del juez de garantía, es por ello que debemos conocer brevemente cuales son las funciones que el juez de garantía tiene en relación al ámbito penitenciario.

El Código Procesal Penal en el Libro VIII de título Ejecución de las sentencias condenatorias y medidas de seguridad en su párrafo 2° denominado Ejecución de las sentencias en su artículo 468 enuncia lo siguiente *Ejecución de la sentencia penal. Las sentencias condenatorias penales no podrán ser cumplidas sino cuando se encontraren ejecutoriadas. Cuando la sentencia se hallare firme, el tribunal decretará una a unas todas las diligencias y comunicaciones que se requirieren para dar total cumplimiento al fallo.*

Cuando el condenado debiere cumplir pena privativa de libertad, el tribunal remitirá copia de la sentencia, con el atestado de hallarse firme, al establecimiento penitenciario correspondiente, dando orden de ingreso. Si el condenado estuviere en libertad, el tribunal ordenará inmediatamente su aprehensión y, una vez efectuada,

⁹² HORVITZ, María Inés, “La insostenible situación de la ejecución de las penas privativas de libertad: ¿vigilancia del Estado de derecho o estado de naturaleza?”. Disponible en: <https://www.scielo.cl/pdf/politcrim/v13n26/0718-3399-politcrim-13-26-00904.pdf> [Fecha de consulta: 15 de diciembre de 2023]

procederá conforme a la regla anterior.

Si la sentencia hubiere concedido una pena sustitutiva a las penas privativas o restrictivas de libertad consideradas en la ley, remitirá copia de la misma a la institución encargada de su ejecución.⁹³, lo mencionado si bien se refiere a la función material del juez de garantía, deja al descubierto que la propia función de este no queda solamente hasta la ejecución de la sentencia, situación la cual contribuye a provocar una sobrecarga laboral y de competencia al juez de garantía.

Dentro del marco funcional que se consagra en el reglamento 518, encontramos algunos artículos que si bien van en directa plenamente al tema principal de esta tesis, no es menos importante exponerlos como por ejemplo: *Artículo 4º.- La actividad penitenciaria se desarrollará con las garantías y dentro de los límites establecidos por la Constitución Política de la República, los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, las leyes y sus reglamentos y las sentencias judiciales.*

Los funcionarios que quebranten estos límites incurrirán en responsabilidad, de acuerdo con la legislación vigente.⁹⁴, mención particular a este artículo desde la perspectiva relacional entre el recluso y el gendarme junto con el quebrantamiento a la convivencia entre ambos protagonistas, deja de manifiesto una sanción que sigue estando arraigada a lo administrativo, situación que con la propuesta planteada buscamos reformar por un tratamiento especial y determinado a la materia penitenciaria.

Artículo 5 inciso final, La Administración Penitenciaria procurará la realización efectiva de los derechos humanos compatibles con la condición del interno⁹⁵, es popularmente sabido, que el interno desde un punto de vista sociológico

⁹³ BCN, *Código Procesal Penal*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 12 De Octubre De 2000, Última versión. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?Idnorma=176595&Idparte=8647050&Idversion> [Fecha De Consulta: 14 De Diciembre De 2023]

⁹⁴ Decreto 518, Cit. N.º34.

⁹⁵ Decreto 518, Cit. N.º34.

es titular de una completa marginalidad y reproche social a raíz de la acción cometida que lo lleva a cumplir una pena privativa de libertad, esto al interior del penal sigue la misma conducta pero siendo ejercida por personal de gendarmería, que se consagre en el reglamento no basta si no se le da una óptima aplicación al momento de presentada la situación que transgrede la esfera constitucional del recluso.

Otro aspecto que debe ser aclarado con la mayor cobertura posible, es la modificación de la relación en la que se encuentra el interno frente al quiebre de la concomitancia para con Gendarmería, de forma simple esto se traduce en eliminar la tramitación y eventual sanción en sede administrativa respecto de aquellos actos que atenten contra la dignidad humana, buscando expresamente un ente con competencia netamente en las cárceles quedando obviamente también a su cargo la función fiscalizadora entorno a la relación entre los gendarmes y los internos.

Se hace necesario un específico tratamiento que se desenvuelva en pro de la relación al interior de los penales de nuestro país, el poder que actualmente se concentra entre el Juez de Garantía y el Alcaide como ente a cargo del recinto carcelario, es muy amplio respecto a la notificación y solución de las situaciones y actuas que vulneran la dignidad humana a la población penal, la posible conformación de un código que establezca principios bases, la determinación del área específica y no su difusa vagancia en los diversas ramas del Derecho, y sobre todo la solución que preste completo auxilio a los temas que hoy por hoy presentan contingencia penitenciaria.

CONCLUSIÓN

Una óptima comprensión y análisis en lo que respecta al entendimiento del Derecho Penitenciario es hoy en día una de las necesidades que debe ser atendida por el legislador o por la autoridad competente, esto encuentra su fundamento en la actual crisis penitenciaria que vive nuestro país, diversas situaciones y acciones por parte del personal a cargo del recinto que atentan la esfera personal y las garantías fundamentales de los reclusos.

La relación jurídica penitencia, es el título que lleva la presente tesis, y ha estado sujeta a discusiones de diversa índole, desde lo terminológico hasta el idealizar su óptima aplicación, en primer lugar tratamos de esclarecer así, que era en su génesis el Derecho Penitenciario, reconociendo la opinión y contribución doctrinal que presenta el tema en cuestión, si bien la misma opinión de los expertos en el tema abarcan varios tópicos dentro de este mismo, tomamos en consideración aquellos que resultaron simples en su comprensión pero al mismo tiempo detallados y completos en cuanto a su posible ejecución práctica.

La consagración de la dignidad humana por sobre la comisión de un delito que acarree una pena privativa de libertad es el foco principal de esta investigación, sabemos que lo que conforma parte de la crisis penitenciaria actual, aparte de temas como el hacinamiento y las paupérrimas condiciones al interior de las diversas cárceles en nuestro país, aparece la relación entre la población penal y los efectivos a cargo del recinto penal, relación que valga la redundancia últimamente se ha visto quebrantada a tales puntos de fracturar la dignidad humana.

Con el avanzar de esta tesis, dimos con diferentes puntos que en palabras de este autor hayan servido de ayuda para conocer sobre una materia que debe salir de la palestra de discusión y al igual como se indicó anteriormente, lograr una óptima aplicación en nuestro país, tomando como país referente a España, destacamos su principal importancia por varios pasajes de esta tesis, debido en a la forma en que paulatinamente se puso en marcha la reforma penitenciaria, poniendo de manifiesto la

deuda que tiene nuestro país y su ordenamiento jurídico con el sistema carcelario chileno, concentrar las atribuciones en una sola figura y que se desprenda por completo del área administrativa en cuanto a tratar y solucionar temas que no solo se vinculan con la relación humana, sino que pueda abarcar toda el área penitenciaria hoy en día parece ser una tarea complicada, sin embargo el poder llevar a cabo una reforma penitenciaria que tome en consideración aspectos estructurales, funcionales y jurídicos, se hace cada día más urgente.

La propuesta entregada en esta tesis, es el resultado de un exhaustivo estudio, tomando en consideración, la opinión doctrinal, decretos que actualmente rigen el sistema penitenciario, reglamentos, normas con rango constitucional, entre otros. Si bien el abanico que presenta este tema no es muy conocido por la gran mayoría de las personas que estudiamos derecho, sin embargo solo se trataba de indagar un poco más de lo aprendido en pre-grado, para descubrir que el tema en cuestión es sujeto de una discusión que lleva años, quizás en nuestra actualidad el hecho que se entienda al sistema penitenciario como una instancia de castigo, es un obstáculo para su mejoramiento, la visión netamente retributiva e inquisidora que tiene la sociedad también repercute en los funcionarios públicos de Gendarmería de Chile, que por lo demás aplican su “forma de justicia”, siendo esta muchas veces denigrante, discriminadora , abusadora y que vulnera en su gran mayoría los derechos humanos de cientos de personas que viven hoy en día privadas de libertad.

Dentro de la idea de una posible elaboración de un Código Penitenciario en la que se consagran principios orientadores de los cuales se pretende una idónea aplicación práctica, se añade además la determinación del área competente en la que este cuerpo normativo tendrá su amparo, resulta contradictorio que los problemas que se generan al interior del penal estén bajo encuentre su solución desde una esfera administrativa aun cuando conocemos realmente la dimisión real de los problemas que subsisten en esta área, la exigencia que se logre especializar el Derecho Penitenciario y con ello su función, resulta de auxilio incluso al Juez de Garantía debido al conocimiento y capacidad que este tiene respecto del ámbito carcelario a la hora de

regular y resolver los diversos conflictos que se plantearon en esta memoria.

Lo comentado en el párrafo anterior nos adentra aún más en el conocimiento de una estructura ideal que se pretende concretar respecto al Derecho Penitenciario y es precisamente en este punto que encontramos como una especie de secreto a voces la figura del Juez de Ejecución y en consecuencia su puesta en marcha por ejemplo en el sistema penitenciario Español, esta idea en que su praxis contribuye a dar paso a otro nivel en un desarrollo penitenciario, en nuestro país solo se queda sujeto a una discusión entre aquellos que buscan a desarrollar una reforma penitenciaria, lo más cercano que tenemos a esta figura en Chile es el Juez de Garantía, esta institución que actualmente se encuentra sobrepasada en cuanto a sus labores, no da abasto dejando completamente de lado aquellos temas penitenciarios.

Para finalizar, es en opinión de este tesista que el escaso pronunciamiento de legislador en materia penitenciaria contribuye a normalizar el quebrantamiento de las relaciones entre la población penal y Gendarmería y con ello ser cómplice de las diversas vulneraciones de la cual la población penal es víctima, se hace urgentemente necesario reconocer y subsanar las problemáticas para lograr un óptimo desarrollo que pueda dar termino a la crisis actual, el volver a respetar la dignidad humana estando privado de libertad daría pie a una mejor convivencia, reorientar el propósito de la pena por un sistema que busque la completa reinserción y no que tenga la característica inquisitiva y castigadora que tiene, que el tratamiento penitenciario sea de exclusiva responsabilidad de una sola figura y no que encuentre sus fundamentos en lo extensivo del nuestro ordenamiento jurídico, debemos proponer rescatar el Derecho Penitenciario del estancamiento en el que se encuentra y así poder encaminarnos teniendo en consideración a todos quienes formamos parte de esta sociedad sin dejar a nadie fuera independiente de la situación en la que se encuentren.

BIBLIOGRAFÍA

ASCENCIO, María, La incorporación constitucional del juez de ejecución de sanciones penales en México (Análisis comparativo con España), Universidad de Guadalajara, 2016. Disponible en: https://repositorioinstitucional.ceu.es/bitstream/10637/8102/1/Incorporacion_Yolanda_Ascencio_CEUTesis_2016.pdf

ÁVILA HERRERA, José, *El Derecho de ejecución penal de cara al presente siglo*, Revista electrónica Centro de Estudios de Derecho Penitenciario, Universidad de San Martín de Porres, N°1, 2011.

BCN, *Código Penal*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 12 de noviembre de 1874. Última versión. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1984>

BCN, *Código Procesal Penal*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 12 De Octubre De 2000, Última versión. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?Idnorma=176595&Idparte=8647050&Idversion>

BCN, *Constitución Política de la República de Chile*, última versión. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=242302>

BENITO LOPEZ, Raquel, *La relación jurídica penitenciaria*, Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid, N°15, 2007.

CARNEVALI, Raúl, MALDONADO, Francisco, “El tratamiento penitenciario en Chile: Especial atención a problemas de constitucionalidad”. Disponible en: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122013000200012

CHECA, Natalia, “El sistema penitenciario. Orígenes y evolución histórica, Universidad de Alcalá”. Disponible en: <https://ebuah.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/31992/TFM%20NATALIA%20CHECA%20RIVERA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

CISTERNA, Jaime, “Historia de la cárcel penitenciaria de Santiago: 1847-1887”, Disponible en: <http://www.memoriachilena.gob.cl/archivos2/pdfs/mc0018564.pdf>

DURÁN, Mario, Derecho penitenciario: delimitación de su concepto, función y contenido desde un modelo teleológico-funcional del fin de la pena, Revista de Derecho, Universidad de Concepción, Disponible en: <https://scielo.cl/pdf/revderudec/v88n247/0718-591X-revderudec-88-247-117.pdf>

DURÁN, Mario, *La judicialización de la ejecución penal y el Juez de Ejecución en Chile. Contexto, marco internacional funciones y diseño en el proyecto de ley que modifica la ejecución de sanciones penales, Libro homenaje al profesor Carlos Künsemüller* Loebenfelder, Disponible en: https://www.academia.edu/106078383/Dur%C3%A1n_Mario_La_judicializaci%C3%B3n_de_la_ejecuci%C3%B3n_penal_y_el_Juez_de_vigilancia_Penitenciaria_en_Chile?email_work_card=view-paper

Decreto N° 518. Aprueba “Reglamento de establecimientos penitenciarios”. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, 21 de agosto de 1998. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=123280&idVersion=2020-09-17>

FERNÁNDEZ , Marco Antonio, *La Naturaleza Jurídica del Derecho Penitenciario Chileno y sus repercusiones en la relación jurídica penitenciaria, Repositorio Universidad de Chile,* Disponible en: <https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/153065/La-naturaleza-jurídica-del-derecho-penitenciario-chileno-y-sus-repercusiones-en-la-relación-jurídica-penitenciari.pdf?sequence=1>

GARCÍA ARÁN, Mercedes, *La ejecución penitenciaria en una sociedad cambiante: hacia un nuevo modelo.* Disponible en: http://www.acaip.info/topas/la_ejecucion_penitenciaria_en_una_sociedad_cambiante_hacia_un_nuevo_modelo.pdf

GENDARMERÍA DE CHILE, *Conceptos y Definiciones.* Disponible en: https://www.GON.gob.cl/estadisticas_conceptos.html#:~:text=Detenido,los%20fines%20del%20procedimiento%20penal.

HORVITZ LENNON María, 2018, *La insostenible situación de la ejecución de las penas privativas de libertad: ¿vigencia del Estado de derecho o estado de naturaleza?*, Política criminal, Disponible en: <https://www.scielo.cl/pdf/politcrim/v13n26/0718-3399-politcrim-13-26-00904.pdf>

HUERTAS DÍAZ, Omar, RUMBO-BONFIL, Cristina, URIBE-TABORDA Alicia, “El juez de vigilancia penitenciaria en España, como referente de la ejecución penal en América Latina”, artículo, Iusta, núm. 48, 2018, ISSN-e 2500-5286, ISSN 1900-0448 Universidad Santo Tomás. Disponible en: <https://www.redalyc.org/journal/5603/560360408004/html/>

INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, “Estudio de las condiciones carcelarias en Chile”, Santiago, Chile, Julio 2020. ISBN: 978-956-6014-25-6.

INSTITUTO NACIONAL DE DERECHO HUMANOS, *Estándares internacionales en materia de personas privadas de libertad y condiciones de los centros*

penitenciarios: sistematización, análisis y propuestas. Disponible en: <https://bibliotecadigital.indh.cl/items/9a0442a6-6866-4f4c-a3af-112629030c18>

MARTÍNEZ, Jesús, La relación jurídico-penitenciaria: especial referencia a la protección de la vida de los reclusos, *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/19/recpc19-30.pdf>

Oficina De Naciones Unidas, *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos*, Disponible en: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-S-ebook.pdf

ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, Declaración Universal de los Derechos Humanos, Paris. Disponible en: <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>

PRADO, Gabriela; DURÁN, Mario, Recomendaciones y propuestas para una reforma penitenciaria: apuntes para su sistematización y delimitación, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2020.

VERGARA CISTERNA, Luis, Proyecto de tesis o actividad formativa equivalente a tesis: la eficacia de la garantía de legalidad en el régimen cerrado del sistema de ejecución penal chileno, *Repositorio Universidad de Chile*, 2018. Disponible en: https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/170178/La_eficacia_de_la_garantia_de_legalidad_en_el_regimen_cerrado_del_sistema_de_ejecucion_penal_chileno.pdf?sequence=1&isAllowed=y

VIVANCO, Jaime, DUFRAIX, Roberto, “Necesidad del establecimiento de juzgados de ejecución de penas y medidas de seguridad en Chile”, *Revista Jurídica Regional y Subregional Andina* 9, Iquique, Chile, 2009. Disponible en: https://www.academia.edu/15331325/Necesidad_del_establecimiento_de_juzgados_de_ejecuci%C3%B3n_de_penas_y_medidas_de_seguridad_en_Chile?email_work_card=view-paper