

POBLETE ESPÍNDOLA, Gustavo: “Las actuaciones diligentes de la Administración Penitenciaria”.

Polít. Crim. Vol. 16 N° 32 (Diciembre 2021), Art. 11, pp. 798-828
[<http://politcrim.com/wp-content/uploads/2021/12/Vol16N32A11.pdf>]

Las actuaciones diligentes de la Administración Penitenciaria*

The diligent performances of the Penitentiary Administration

Gustavo Poblete Espíndola

Doctor en Derecho, Universidad de Chile y Universitat de Girona
Profesor del Departamento de Derecho Público, Universidad Alberto Hurtado

gustavo.poblete.espindola@gmail.com

<https://orcid.org/0000-0001-9043-0028>

Fecha de recepción: 09/12/2020.

Fecha de aceptación: 24/03/2021.

Resumen

El artículo analiza la diligencia de la Administración Penitenciaria desde una perspectiva igualitaria. Se adopta esta aproximación puesto que las actuaciones penitenciarias se ejercen sobre personas que se encuentran en un estado de desventaja dentro de las cárceles, configurándose una relación de desigualdad injustificada. Esto promueve que, en los casos de responsabilidad del Estado por falta de servicio, los tribunales de justicia deban evaluar las actuaciones de la Administración Penitenciaria mediante un estándar de diligencia diferenciado. El estándar en esta materia está compuesto por obligaciones orientadas a vigilar la correcta ejecución de la pena y proteger los derechos que no son privados producto del encarcelamiento. Por lo tanto, el trabajo concluye que las actuaciones penitenciarias no tan solo contemplan obligaciones de custodia sobre los reclusos, sino que también obligaciones tendientes a resguardar las condiciones de vida digna dentro de la cárcel.

Palabras claves: estándares de diligencia, cárceles, aproximación igualitaria, deberes estatales, derechos penitenciarios.

Abstract

The article analyzes the diligence of the Penitentiary Administration from an egalitarian approach. I adopted this perspective because penitentiary performances are applied to people who have a disadvantaged situation in prison, fostering an unjustified inequality relationship. This promotes that in cases of State liability for lack of service, the courts must evaluate the Penitentiary Administration's performance based on a differentiated standards of diligence standard. The standard in this area is composed of duties are not just oriented to oversee the

* El presente artículo forma parte del Proyecto “Hacia una consolidación de la Teoría de los Ilícitos Estatales en las actuaciones de la Administración Penitenciaria”, en el marco de los Fondos Internos de Fomento a la Investigación 2019-2020 de la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado, del cual el autor es investigador responsable. Agradezco los agudos comentarios de una versión preliminar a Raúl Letelier, Diego Papayannis, Edgar Aguilera, Carolina Fernández, Carlos Dorn, Claudia Rodrigo, Felipe Oyarzún y Carolina Meza. También agradezco el invaluable trabajo de recolección y sistematización jurisprudencial realizado por la ayudante Bárbara Chávez.

correct execution of custodial sentences, but they also aim to protect rights that are not lost due to imprisonment. Therefore, the article concludes that the penitentiary performances must contemplate custody obligations as well as to consider the obligations aimed to safeguard minimum living conditions in prisons

Keywords: standards of diligence, prisons, egalitarian approach, State duties, prison rights.

Introducción

Desde el derecho administrativo, Cane cataloga las interacciones públicas como *relaciones de desigualdad jurídica*. La denominación da cuenta del contraste entre intereses públicos y privados, existiendo una primacía del interés público sobre el interés particular; a diferencia de las relaciones de igualdad jurídica donde los intereses particulares se encuentran en un mismo plano normativo.¹ Las posiciones enfrentadas demuestran un desequilibrio difícil de contrarrestar en condiciones normales, lo que se agudiza cuando los intereses que se encuentran en juego se desarrollan en el contexto carcelario.

En Chile, los participantes de las relaciones penitenciarias son la Administración Penitenciaria y las personas privadas de libertad.² Por un lado, la Administración Penitenciaria cumple funciones de vigilancia y resguardo para alcanzar la finalidad resocializadora, mientras que, por otro lado, la población penal intenta satisfacer su plan de vida dentro de la cárcel. Esta constante fricción no solo produce incertidumbres para establecer la efectiva protección jurídica de los internos, sino que también origina problemas para determinar la diligencia de las actuaciones penitenciarias. Las dificultades que se presentan en este último ámbito se vinculan con la falta de servicio de la actividad penitenciaria, cuyo tratamiento a nivel local ha sido escasamente desarrollado por la dogmática administrativista.³

Frente a este escenario, el objetivo de la presente investigación es analizar las actuaciones diligentes de la Administración Penitenciaria desde una aproximación igualitaria. La razón para adoptar una perspectiva igualitaria es que las personas privadas de libertad pertenecen a un grupo desaventajado y requieren de una protección jurídica diferenciada respecto de los otros miembros de la sociedad. De esta forma, el trabajo sostiene que para fijar correctamente la diligencia de las actuaciones penitenciarias, los tribunales tienen que emplear una argumentación reforzada que se traduzca en la aplicación de un estándar de diligencia igualitario. Este método sugiere que las controversias originadas dentro de las cárceles deban ser decididas no tan solo contemplando las obligaciones de custodia sobre los reclusos, sino que también las obligaciones tendientes a resguardar las condiciones de vida digna dentro de la cárcel.⁴

¹ Véase CANE (2014), p. 150.

² En estos términos, véase CORDERO (2009), pp. 10-11. Sobre la delimitación entre derecho administrativo y derecho penitenciario, véase DURÁN (2020), pp. 124-133.

³ En esta línea de investigación, puede verse un análisis que sienta las bases conceptuales para resarcir los daños causados por la Administración Penitenciaria, en POBLETE (2019), pp. 19-37.

⁴ La matriz ofrecida por un modelo justicia distributiva permite que la fijación de un estándar de conducta se encuentre determinado por uno o más criterios. Por ejemplo, LETELIER sostiene que el estándar de diligencia

La ordenación del trabajo se presenta de la siguiente manera. Primero, determino las posiciones normativas en las relaciones jurídicas penitenciarias. Segundo, identifico dos rasgos que reflejan la desventaja injustificada que sufren las personas privadas de libertad: la subordinación estatal y la exclusión social. Tercero, analizo la igualdad democrática propuesta por Anderson para incorporar el elemento igualitario en el marco de deberes de la Administración Penitenciaria. Cuarto, testeó un conjunto de sentencias de la Corte Suprema chilena donde analizo la diligencia de las actuaciones de Gendarmería de Chile desde diferentes criterios, especialmente, el criterio de la protección igualitaria. Por último, presento algunas conclusiones preliminares.

1. Relaciones jurídicas penitenciarias

Según la concepción moderna de las relaciones penitenciarias, los elementos básicos que estructuran esta interacción son los siguientes: el reconocimiento de derechos fundamentales de los reclusos, la intervención justificada de la Administración mediante la ley penitenciaria y el control judicial de los tribunales de justicia ante controversias originadas entre las partes involucradas.⁵ Sin embargo, para algunos autores, dichos elementos no son suficientes para demarcar completamente los contenidos de las relaciones jurídicas penitenciarias.⁶ En atención a ello, es posible sumar los siguientes: la especificación de los derechos de los reclusos y el funcionamiento propio de la Administración Penitenciaria.

La especificación de derechos se vincula con el estatus jurídico de las personas privadas de libertad. La posición que ocupan dentro del derecho comprende dos niveles de consagración de derechos, por un lado, una consagración de derechos fundamentales, y, por otro lado, una consagración de derechos penitenciarios. En cuanto a la consagración de derechos fundamentales, los miembros de esta colectividad no gozan de todos los derechos que un ordenamiento jurídico reconoce a ciudadanos libres. Para Mata y Martín, “la configuración jurídica de esta relación se efectúa a través de declaraciones constitucionales vinculadas a la ejecución de penas que pudiera tener un texto fundamental y de la concreta aplicación de los derechos fundamentales allí también establecidos para el sistema de privación de libertad.”⁷

En otras palabras, el texto constitucional tiene la función de establecer el contenido y las restricciones de derechos cuando una persona se encuentra cumpliendo una pena de cárcel. Según esta ambivalencia, la sociedad asume que la consecuencia jurídica de la comisión de un delito es castigada penalmente, aunque ello no significa que la población penal deba encontrarse desprovista de protección jurídica. Por lo tanto, los eventuales problemas no se

debe comprender no solo las posibilidades reales de actuación del órgano administrativo, sino que también la legalidad presupuestaria del respectivo servicio público, véase LETELIER (2012), p. 8.

⁵ En Alemania, el Tribunal Constitucional (1972) cambia el paradigma de las relaciones de sujeción especial cuando sostiene que retener y leer la correspondencia ajena vulnera el secreto de correspondencia de los reclusos. La sentencia establece las ideas centrales para la concepción moderna de las relaciones penitenciarias. Disponible en: <https://tinyurl.com/y3goz2j8> [Visitado el 25/11/2021].

⁶ Sobre esta materia, existen dos grandes críticas. La primera indica que la sujeción especial no responde a los nuevos paradigmas de las relaciones penitenciarias, mientras que la segunda sostiene que es necesario ahondar aún más en una estructura que garantice la protección de derechos de los reclusos. Véase LASAGABASTER (1994), p. 423, BENITO (2007), pp. 57-90 y SOLAR (2019), pp. 779-809.

⁷ MATA Y MARTÍN (2016), p. 175.

encontrarían en la limitación de derechos, sino que más bien en la ausencia de herramientas que garanticen aquellos derechos que no fueron limitados por la pena, sabiendo que la finalidad de la ley penitenciaria es la resocialización.

El segundo aspecto se relaciona con la consagración de derechos penitenciarios. Esto comprende la existencia de un conjunto de derechos consagrados especialmente a nivel reglamentario, dirigidos a los reclusos y, por ende, temporales. Rige como un derecho de minorías, y mediante un estatuto penitenciario se reconocen derechos tales como: comunicarse con el exterior, recibir visitas y aquellos que se refieran a las condiciones sanitarias y habitacionales. Sobre estos derechos también recae el fenómeno de la especificación de los derechos de los privados de libertad, cuya fuente universal es posible encontrarla en la normativa penitenciaria internacional.⁸ Según Mata y Martín, este reconocimiento “hace necesario evaluar cada uno de los derechos fundamentales en su concreta realización en los muy diversos momentos de la vida en prisión durante la ejecución de la pena.”⁹ De esta forma, el estatus jurídico de una persona privada de libertad no tan solo comprende aquellos derechos fundamentales que no fueron restringidos por la ejecución de la pena, sino que también aquellos derechos penitenciarios reconocidos por motivo de la ejecución de la pena durante el tiempo de confinamiento dentro de la cárcel.

Por su parte, el funcionamiento de la Administración Penitenciaria se mide según las obligaciones que tiene respecto de los reclusos. Esto porque, como se indicó antes, no solo debe velar por el cumplimiento de la pena, sino que también debe satisfacer la finalidad resocializadora mediante el resguardo de condiciones de vida digna. En el ámbito interamericano se conoce como posición de garante a la participación que adopta el Estado en la relación jurídica penitenciaria para alcanzar el interés público. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “CIDH”) ha sido enfática en señalar que el Estado debe asumir una serie de responsabilidades particulares que se ven reflejadas en las siguientes obligaciones: garantizar a los reclusos las condiciones necesarias para desarrollar una vida digna dentro del penal; y garantizar el goce de aquellos derechos que no se le han restringido producto de la privación de libertad. De la misma forma, para la CIDH la posición de garante supone que habrá casos donde el Estado no ha de intervenir para no generar daños en los reclusos, denominados deberes u obligaciones de no hacer, así como también habrá casos en los que deberá intervenir para evitar potenciales perjuicios, denominados deberes u obligaciones de hacer.¹⁰

Sin perjuicio de ello, las intervenciones de la Administración Penitenciaria pueden provocar abusos de poder o restringir derechos que se encuentran fuera del castigo penal. Ante esas situaciones, la ley penitenciaria es la fuente que permite una actividad controlada, limitando justificadamente derechos fundamentales; así por lo menos lo establece específicamente, por

⁸ En esta materia destaca, entre otros: Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (1955); Procedimientos para la aplicación efectiva de las reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos (1984); Los principios básicos para el tratamiento de los reclusos (1990).

⁹ MATA Y MARTÍN (2016), p. 176.

¹⁰ En este sentido, ver Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C 180, párrafo 130, 6 de mayo de 2008; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C 217, párrafo 95,1 de septiembre de 2010; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C 123, párrafo 97, 11 de marzo de 2005; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C 112, párrafo 152, 02 de septiembre de 2004.

ejemplo, el artículo 25.2 de la Constitución española. Sin embargo, las limitaciones solo proceden si la Administración Penitenciaria actúa mediante un precepto legal que justifica la limitación de derechos vinculados al tratamiento y régimen penitenciarios; esto no quita, como veremos más adelante, que los funcionarios puedan actuar de manera discrecional para alcanzar la finalidad resocializadora. Esta última precisión mermaría el aparente desacuerdo sobre las limitaciones reglamentarias, en la medida que las obligaciones penitenciarias no solo pueden identificarse en la ley, sino que también, y de manera más específica, en la normativa reglamentaria.¹¹

Esta manera de estructurar las relaciones penitenciarias tiene como consecuencia inmediata el reconocimiento de un vínculo jurídico entre los reclusos y la Administración Penitenciaria. Mientras que la población penal intenta satisfacer su plan de vida dentro de la cárcel, la Administración Penitenciaria cumple funciones de vigilancia y resguardo para alcanzar la finalidad resocializadora. Si bien esta manera de fijar las posiciones penitenciarias reduce el sometimiento de los reclusos en la esfera organizativa de la Administración Penitenciaria, no impide que persistan tensiones para satisfacer los intereses comprometidos en la interacción, ni tampoco que se despeje la incertidumbre para determinar la falta de servicio en este ámbito. Es por ello que para evaluar la actividad penitenciaria, resulta indispensable profundizar en el análisis de cada posición.

2. Desventajas de las personas privadas de libertad

En Chile el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios (en adelante “Reglamento”) consagra una relación de derecho público que consiste en el reconocimiento de deberes disciplinarios y garantistas. La realidad normativa demuestra que el poder disciplinar que tiene Gendarmería es amplio, y es ejercido con discrecionalidad y sin fuertes controles externos¹². Por su parte, el deber de protección de derechos es contradictorio. El hecho de que un reglamento, y no una ley, regule todas las materias concernientes a la actividad penitenciaria, entre ellas las relaciones penitenciarias, evidencia que Chile no ha cumplido con los compromisos internacionales asumidos.¹³ Por ejemplo, mientras existe un reconocimiento reglamentario sobre la protección de derechos penitenciarios, el artículo 13 de la Constitución chilena establece como requisito indispensable de la ciudadanía no haber sido condenado a pena aflictiva.

Este panorama demuestra una falta de regulación legal y constitucional que guíe sistemáticamente el comportamiento estatal en materia carcelaria. Esta incertidumbre jurídica invita a repensar si la estructura de las relaciones penitenciarias contempla efectivamente la dimensión garantista en nuestro derecho. La ausencia de medidas que tiendan a proteger derechos penitenciarios y promover la reincorporación social produce una desventaja en la población penal, la cual se manifiesta con la profunda subordinación que

¹¹ Sobre las limitaciones reglamentarias, hay quienes están de acuerdo con la restricción de derechos siempre que la propia ley habilite de manera específica la intervención administrativa, véase TELLEZ (1998), p. 47; mientras que hay quienes critican la remisión desde la ley al reglamento, puesto que el texto fundamental solo mandata a la ley para regular estas restricciones, véase LAMARCA (1992), p. 225.

¹² La contradicción en esta materia es recalada por HORVITZ (2018), pp. 927-929.

¹³ Algunas consideraciones críticas hacia el reglamento penitenciario, véase en GUZMÁN (1997), pp. 271-280.

mantienen respecto del Estado (2.1.) y la marginación social causada por la ausencia de medidas que propendan a su reinserción social (2.2.).

2.1. La subordinación estatal

Para Fiss, la subordinación y dominación que sufren ciertos grupos de personas se refleja a través de tres características. La primera característica se relaciona con la pertenencia a un grupo social específico, la segunda con la desventaja sufrida por un período de tiempo prolongado y, por último, que el ejercicio del poder político del grupo se encuentre severamente limitado.¹⁴ El autor identifica estas características para enfocar su argumento en lo referido a la raza, aunque esto, en sus mismas palabras, no obsta a que el desarrollo de cada una de ellas pueda ser perfilada a otros ámbitos donde sea posible identificar un grupo desaventajado.¹⁵

Respecto de la pertenencia a un grupo social específico, Fiss señala que cualquier grupo que se encuentre sometido a una desventaja perpetua y que, producto de ello, su poder político sea limitado debe ser considerado como desaventajado y objeto de protección.¹⁶ Aunque antes de llegar a esa conclusión, Fiss desarrolla dos particularidades que cercan el concepto de grupo:

“Por un lado, el grupo constituye una entidad (aunque no implique un cuerpo físico). Esto significa que el grupo tiene una existencia distinta de la de sus miembros, que tiene una identidad propia. Es posible, así, hablar del grupo sin referirse a los miembros particulares que lo componen. Por otro lado, el grupo se distingue por la condición de la interdependencia. Esto es, la identidad y el bienestar de los miembros del grupo y la identidad y el bienestar del grupo se encuentran interrelacionados. Los miembros del grupo se autoidentifican —explican quiénes son— refiriéndose a su condición de miembros del grupo; y su estatus resulta determinado en parte por el estatus del grupo”.¹⁷

El grupo de las personas privadas de libertad constituye una entidad en la medida que es un grupo construido a partir de una discriminación jurídica. Las personas que se encuentran presas son parte de un grupo particular que se diferencia del resto de la sociedad, porque la pertenencia al colectivo significa la disminución en el ejercicio de derechos y la exposición a un estado de vulnerabilidad.¹⁸ Por una parte, la ejecución de la pena contempla la restricción legítima de derechos y libertades, posicionando al Estado como custodio del cumplimiento del castigo, mientras que, por la otra, la sociedad se encarga de juzgar a los miembros de este colectivo, estigmatizando su condición y cercando la implementación de medidas efectivas para las eventuales políticas públicas de reinserción social.

Por su parte, los miembros del grupo y el grupo están interrelacionados. Sobre este punto, el estatus jurídico resulta ser un componente que distingue las capacidades jurídicas dentro y

¹⁴ Véase FISS (1999), p. 144.

¹⁵ En esta línea, destaca el trabajo de Esparza, quien enfoca el estudio de la igualdad desde la no subordinación para combatir la opresión social dispuesta por el patriarcado. Véase ESPARZA (2017), pp. 81-111.

¹⁶ Véase FISS (1999), p. 144.

¹⁷ FISS (1999), p. 138.

¹⁸ En estos términos, véase CASTRO *et al.* (2010), pp. 29-35.

fuera de la cárcel, así como también lo que significa pertenecer al grupo desfavorecido. La posición jurídica determina la capacidad de ejercer derechos, que varían entre quienes gozan de libertad y quienes no, y la adscripción a un grupo desfavorecido. De esta forma, la capacidad jurídica de los reclusos disminuye y la probabilidad de ser objeto de un abuso de poder, ante los cuidados de un carcelero, aumenta. Y es que el grado de dependencia que tienen los reclusos respecto de sus custodios, produce que el cuidado debido y el daño ilegítimo se encuentren separados por una delgada línea fronteriza.

Como vemos, la desventaja que debe enfrentar este grupo es doble. No tan solo tiene que lidiar con un ente estatal que debe velar por la estadía del recluso en la cárcel y las condiciones dignas del encierro, sino que también con la posición dominante de una sociedad que ve la cárcel como un lugar para criminales y no de personas con derechos (como ellos). Estas diferencias le dan identidad a la población carcelaria como grupo desaventajado, ya que permite identificar una serie de características propias (no deseadas) respecto de otro grupo social y porque muestra las dimensiones en donde opera la subordinación. En esta investigación, interesa explorar la subordinación jurídica que experimenta el grupo respecto de las hipótesis de responsabilidad extracontractual del Estado.

En relación a la segunda característica, para evaluar la desventaja sufrida en el tiempo por la población carcelaria debe considerarse la mutabilidad jurídica del grupo. En el espectro de los grupos desaventajados nos encontramos con miembros de grupos sociales que sufren constantemente un perjuicio, ya que su posición desfavorecida, a pesar del transcurso del tiempo, no cambia, y con miembros de grupos desmejorados cuya posición puede cambiar o mutar.¹⁹ Según esta clasificación, los reclusos pertenecerían a este último grupo, puesto que sufren de manera temporal restricciones de derechos. El estatus jurídico del colectivo depende del período de tiempo que contempla la encarcelación.

Sin embargo, esta desventaja temporal presenta una multiplicidad de combinaciones que puede hacer aún más gravosa la estadía en la cárcel. Encontramos personas que sufren desventajas previo a cumplir una pena. En estos casos, la pertenencia a otro grupo desaventajado se podría catalogar como compleja, principalmente, porque la persona sufre una desventaja de doble pertenencia. Las personas no tan solo se encuentran desprovistas de derechos al estar presas, sino que también sufren de una desventaja por ser parte de un grupo vulnerable antes de ingresar a la cárcel. En estos términos, la estadía en la cárcel puede agudizar una posición que por la pertenencia previa a un grupo, ya se encontraba desfavorecida.

De manera resumida, el vínculo entre cárceles y pobreza se puede evidenciar con tres ejemplos. Primero, la pobreza se ha convertido en uno de los principales criterios de selección que se tiene para encarcelar personas. Los recintos penitenciarios están compuestos mayoritariamente de personas pertenecientes a estratos sociales bajos, convirtiéndose en una especie de depósito de pobreza. Esto reproduce y acentúa un problema estructural de las sociedades latinoamericanas: la marcada desigualdad económica que existe entre las clases sociales.²⁰ Un segundo ejemplo se evidencia por las desiguales condiciones carcelarias entre

¹⁹ Véase FISS (1999), p. 145.

²⁰ Véase CUNEO (2017), pp. 193-194. Desde una perspectiva sociológica, véase ITURRALDE (2007), p. 71.

personas que distintas posiciones sociales. En Chile, las cárceles poseen un diseño institucional que permite la posibilidad de pagar para acceder a condiciones carcelarias diferenciadas. Según el artículo 22 del Reglamento, las personas que cumplan con ciertas exigencias comprobadas por la Administración Penitenciaria y paguen de una mensualidad, podrán permanecer en departamentos separados durante la estadía en la cárcel.²¹ Finalmente, una persona que es pobre al entrar en la cárcel se vuelve aún más pobre estando encerrada sin poder ser parte de la fuerza laboral. Esto se agrava aún más si el diagnóstico indica que la población penal está compuesta mayoritariamente de personas pobres. Esa pobreza extrema altera por completo el significado del castigo y convierte a la cárcel en un lugar hostil que no presta ninguna utilidad para la reinserción social.²²

Por último, respecto de la merma del poder político de las personas privadas de libertad identifico dos aspectos que reflejan la merma política: la restricción de derechos políticos y la ausencia de una entidad que resguarde los intereses de la población penal.

Producto de la privación de libertad la condición jurídica del condenado comprende la restricción del derecho a sufragio y el derecho a ser electo para cargos de elección popular. La magnitud de la medida se traduce en que los condenados a pena aflictiva no puedan votar en elecciones de autoridades y plebiscitos, ni tampoco ser representantes de una colectividad mediante votación popular. Este hecho que parece razonable esconde dos situaciones debatibles. Por un lado, no todas las personas que se encuentran privadas de libertad están incapacitadas para votar. En Chile, las personas que no se encuentran cumpliendo una pena aflictiva, pero que están presas en un recinto penitenciario, como es el caso de la prisión preventiva, de facto no pueden ejercer su derecho a voto pudiendo hacerlo. Son cuestiones administrativas las que finalmente impiden que este conjunto de personas pueda ejercer esa dimensión de sus derechos políticos.²³

Por otro lado, una postura más progresista sostendría que la no participación electoral de la población penal, ya no solo de quienes no se encuentran cumpliendo pena aflictiva, genera contradicciones, puesto que el mismo grupo que está dentro de la cárcel no puede participar de las elecciones de quienes redactan las normas penales o están a cargo de implementar las políticas públicas en el mismo ámbito carcelario. Sobre este punto, Mañalich sostiene que bajo una justificación democrática de la pena, una persona condenada no debiese perder la condición ciudadana, ya que el castigo penal presupone su reconocimiento como miembro de la comunidad política.²⁴

Otro problema que también disminuye severamente el poder político de este grupo social es la ausencia de una entidad estatal que garantice sus condiciones habitacionales y salubres. En algunos países de Latinoamérica, como Colombia, existe la figura del Juez de Ejecución

²¹ Véase VALENZUELA (2013), pp. 180-186.

²² Una crítica sobre las consideraciones clásicas para ejercer castigo penal sobre las personas que se encuentran en pobreza extrema, véase en LORCA (2018).

²³ Para un análisis profundo, véase el comentario jurisprudencial de MARSHALL y ROCHOW (2018), pp. 233-254.

²⁴ Véase MAÑALICH (2005), pp. 63-64. Un análisis sobre la concepción deliberativa de la democracia en la redacción de normas penales, véase en GARGARELLA (2016), pp. 128-132.

Penal y vela porque las condiciones dentro del penal estén de acuerdo a los estándares exigidos para cumplir con la finalidad resocializadora. Así, ante un eventual daño o perjuicio los reclusos pueden acudir a esta entidad para que resuelva la controversia generada con la Administración Penitenciaria.²⁵ Esto en Chile no ocurre así. La figura del Juez de Ejecución Penal no existe, y, ante esa situación, Gendarmería no tan solo vela por el cumplimiento efectivo de la pena, sino que también, se encarga de garantizar el ejercicio de derechos dentro del recinto penitenciario. Esta situación reduce la capacidad jurídica que tienen los integrantes del colectivo para reivindicar las frágiles condiciones en que se encuentran dentro de una cárcel.²⁶ Por ejemplo, ante situaciones de hacinamiento habitacional o abuso de poder de los funcionarios, no existe una instancia jurisdiccional para denunciar los daños sufridos por la población carcelaria.

2.2. La exclusión social

En términos sociales, la cárcel se vincula con la marginación que sufren quienes se encuentran o estuvieron en la cárcel. La clásica confrontación *ellos y nosotros* genera estereotipos entre quien actúa fuera de las fronteras jurídicamente permitidas y quien las respeta. De esta forma, el distanciamiento entre la población penal y la sociedad libre produce un fenómeno de marginación social, donde se acusa a los condenados de no estar alineados con los intereses colectivos que persigue la sociedad. Este síntoma es identificado por Zaffaroni, quien entiende que los presos se encuentran en una posición de vulnerabilidad respecto de la sociedad y el Estado. Desde luego, sus propuestas tienden a dar racionalidad al castigo penal, tanto porque el aparataje estatal dispuesto es inmensamente superior a la capacidad que el acusado tiene para defenderse, como por el hecho de limitar la violencia sobre quienes no hacen más que contribuir mínimamente a ella.²⁷

Como vemos, la dicotomía *ellos y nosotros* origina cuestionamientos que van desnudando los problemas que presenta esta distinción para la justificación del castigo. Otra crítica es formulada por Gargarella, quien intenta dar una respuesta justificada a las conductas graves que los miembros de una comunidad igualitaria pudieran cometer.²⁸ Los caminos que explora el autor están ligados a la inclusión de las personas que cometen un delito, por esa razón “el Estado no procurará asegurar que esa persona no vuelva a cometer una falta a través de la imposición del miedo [...], sino a través de la razón y el convencimiento. Asumiendo que el ofensor es una persona capaz de entender razones y modificar su comportamiento, el Estado debe hacer entender que rompió un compromiso que [...] estaba obligado (por propia decisión) a respetar.”²⁹

Según lo antes señalado, Gargarella explica que no se trata de minimizar el castigo, sino de integrar a los desfavorecidos al sistema. Sin embargo, dicha inclusión no consiste en que el juez deje en libertad al perseguido o lo condene por un supuesto riesgo inminente, más bien

²⁵ Una perspectiva actual sobre la función de reinserción social y el papel de los jueces de ejecución de penas y las medidas de seguridad en Colombia, véase en GUZMÁN y RAMBO (2019).

²⁶ Desde una mirada crítica a la reforma procesal penal chilena, Künsemüller sostiene que no basta con la incorporación de un Juez de Ejecución Penal, sino que es necesario una reforma integral de toda la fase de ejecución penal. Véase KÜNSEMÜLLER (2005), pp. 113-123.

²⁷ Véase ZAFFARONI (1988), p. 277.

²⁸ Véase GARGARELLA (2016), p. 15.

²⁹ GARGARELLA (2016), pp. 14-15.

se trata de bloquear la posibilidad de que siga siendo tratado como un marginado social.³⁰ Las variantes pueden ser múltiples para reflejar que los estereotipos de grupos desaventajados generan una identidad no deseada, así, por ejemplo, una persona que comete el delito de robo difícilmente será confiable para la sociedad si a la hora de buscar trabajo sus antecedentes personales se encuentran con anotaciones penales, o, incluso, si es que dentro de la cárcel fue testigo de una violencia mayor que la experimentada antes de ingresar al recinto.

Dicho esto, resulta incomprensible excluir a una persona para que cambie su conducta delictiva sin entregarle las herramientas mínimas para ser reintegrado, en estos casos el efecto que inevitablemente se produce es la reincidencia y, con ello, el reinicio del ciclo represivo por parte del aparato estatal. Según Gargarella, esto refleja una sociedad desigual donde el Estado, por un lado, castiga a una persona por cometer un acto injusto, mientras que, por otro lado, a esa misma persona se la priva injustamente de las condiciones mínimas para su desarrollo personal.³¹

3. Hacia un estándar de diligencia igualitario

Fiss señala que la desventaja puede ser combatida con decisiones judiciales que resuelven casos mediante estándares de protección variables. En palabras sencillas, la situación desfavorecida se puede reivindicar mediante sentencias que favorezcan a un grupo, y no a otros, en razón de una desventaja injustificada. El autor llama *proceso de asimilación* a la protección de derechos e intereses que ayuda a que desaparezca la desventaja del grupo o, en su defecto, mejore las capacidades política, social y/o económica de sus miembros³².

En el ámbito carcelario, la aplicación de estándares diferenciados se justificaría en razón de la subordinación estatal y la exclusión social sufrida por las personas privadas de libertad. De esta forma, el proceso de asimilación exigiría a los jueces una argumentación reforzada para establecer la diligencia de las actuaciones penitenciarias. Para sustentar esta posición, expondré las razones teóricas que justifican un análisis igualitario para resolver los daños surgidos en las relaciones penitenciarias (3.1.), los aspectos básicos que debe contemplar la autoridad para ejercer el castigo penal (3.2.) y los deberes que tienen que contemplar los tribunales de justicia cuando evalúan la diligencia de las actuaciones penitenciarias (3.3.).

3.1. Una aproximación igualitaria para las relaciones penitenciarias

Desde Rawls, se suele sostener que en los casos donde se presenta desventaja o desfavor los bienes sociales primarios han sido distribuidos de manera desigual. Para revertir esta situación resulta necesario incorporar desde el derecho medidas igualitarias que logren equilibrar las relaciones desiguales que surgen en una sociedad.³³ Así, una reforma agraria favorece a campesinos que no tienen tierras, el matrimonio igualitario admite la unión de

³⁰ Véase GARGARELLA (2016), p. 41.

³¹ Véase GARGARELLA (2016), p. 133.

³² Véase FISS (1999), p. 145.

³³ Véase RAWLS (1995), pp. 69-70. Para el autor, los bienes sociales primarios deben distribuirse de manera semejante en derechos y deberes. Ahora, si en esa distribución se produce una desigualdad que mejora las condiciones de vida de las personas más desfavorecidas, entonces debería permitirse esa medida.

personas del mismo sexo, el postnatal masculino favorece el desempeño femenino en el ámbito laboral y la reinserción social promueve medidas para dignificar la vida en la cárcel.

En este escenario, las teorías igualitarias vienen a reivindicar los principios que expresan igual consideración y respeto por todos los ciudadanos. Se trata de aproximaciones que buscan terminar con un desequilibrio involuntario de quien lo sufre, y, en razón de ello, intentan restablecer la capacidad para decidir con libertad lo que se desea. Esta manera de enfrentar el problema de la desigualdad supone que habrá casos donde la pérdida, irremediamente, tendrá que ser asumida por la víctima. Sin embargo, la frontera que demarca la pérdida indemnizable presenta algunos matices que dependen de la teoría igualitaria adoptada. Las versiones que intentan dar cuenta de esta problemática son dos: el igualitarismo de la suerte y la igualdad democrática.

El igualitarismo de la suerte tiene como principal objetivo contrarrestar la mala fortuna que sufre una persona de manera inmerecida. Los fundamentos de esta inclinación pueden encontrarse en la formulación teórica de Rawls, quien sostiene que la justicia distributiva debiese contemplar la transferencia de bienes obtenidos producto de la buena suerte a aquellas personas desafortunadas.³⁴ Esta posición admite dos premisas: a) que debe compensarse a los individuos por la mala suerte inmerecida y; b) que la compensación debe ser transferida desde quienes han obtenido bienes inmerecidamente.

Esta aproximación presenta matices respecto de los ámbitos desde dónde se defiende. Por un lado, se encuentra la facción que acepta la transferencia de recursos de tal forma que las personas quedan igualadas en su bienestar³⁵, y, por otro lado, aquella que promueve que exista responsabilidad por las elecciones personales que permita distinguir entre quienes deben beneficiarse del esquema distributivo y quienes no.³⁶ Estas posiciones intentan resolver cuestiones tales como: la razón que tuvieron los desventajados para estar en esa posición y los mecanismos que se deben utilizar para la redistribución de recursos.

En este punto, Anderson critica el camino que utiliza el igualitarismo de la suerte para enfrentar el problema de la desigualdad. Las dificultades que identifica se relacionan con los aspectos moralizantes que esboza esta interpretación de la igualdad, por ejemplo: dictando a las personas cómo usar sus oportunidades y evaluando el nivel de responsabilidad de las personas en aquellas elecciones que llevan a resultados negativos.³⁷ Esto se agudiza cuando el foco de atención se centra en redistribuir bienes desde personas superiores a otras catalogadas como estúpidas, poco talentosas, amargadas y/o feas.³⁸ El componente subjetivo para remediar dicha situación conlleva un aspecto de misericordia mediante una compensación que busca igualar situaciones subjetivas.

³⁴ Véase RAWLS (1995), pp. 103-110.

³⁵ Para una comprensión profunda ver ARNESON (1990), pp. 158-194, COHEN (1995), pp. 331-398; ROEMER (1994) y NAGEL (1991).

³⁶ Para una comprensión profunda ver DWORKIN (1981a), pp. 185-246; DWORKIN (1981b), pp. 283-345; RAKOWSKI (1991) y VAN PARIJS (1991).

³⁷ Véase ANDERSON (1999), pp. 308-311.

³⁸ Sobre esta manera de abordar el igualitarismo, véase el análisis que realiza NAGEL (1979), pp. 91-105.

Por su parte, la igualdad democrática no pretende emitir juicios intrusivos y degradantes sobre las capacidades de personas para hacerse cargo de sus actos. Para Anderson, la finalidad principal debiese asegurar la libertad de todas las personas y acabar con la opresión social.³⁹ Esta pretensión muestra, en términos positivos, que la igualdad se debe reflejar en relaciones entre personas con las mismas capacidades, y, en términos negativos, que se busca abolir cualquier tipo de relación que presente rasgos de dominación, explotación y/o marginalización.⁴⁰ La relación entre individuos superiores e inferiores es una de las características de la opresión social, más aún cuando se expresa en marginalización, jerarquía de estatus, dominación, explotación e imperialismo cultural.⁴¹ En estos términos, la distancia que marca la igualdad democrática es que no se presenta como una teoría moralizante que evalúa aspectos subjetivos, sino que más bien como una teoría que busca igualar las capacidades jurídicas de aquellos grupos marginados por la sociedad, como las personas privadas de libertad.

En razón de ello, los elementos que destaca Anderson para conformar un concepto de igualdad democrática son los siguientes. Primero, la igualdad democrática busca terminar con la opresión socialmente creada y, para ello, asegura condiciones mínimas para desempeñarse como un ciudadano libre en una comunidad política. Por contrapartida, no busca corregir las elecciones que llevan a resultados negativos. Segundo, la igualdad democrática se posiciona como una teoría relacional, en donde las capacidades de los miembros de la sociedad son su preocupación principal para concebir una relación entre personas que se exigen cosas recíprocamente. Por último, la igualdad democrática supone la distribución de bienes de acuerdo a principios y procesos que expresan respeto por todos.⁴²

Estos elementos que conforman el concepto de igualdad democrática abren flancos sobre ¿Qué es aquello que se debe igualar? En esto, Anderson adhiere a la postura de Sen, quien sostiene que una teoría igualitaria debe perseguir la igualdad para todos en el ámbito de las capacidades. Una persona goza de una mayor libertad mientras mayor sea el rango de oportunidades que efectivamente posee para conformar su plan de vida de la manera que mejor estime. La idea de capacidad permite que las personas se encuentren en un plano de igualdad para perseguir libremente sus intereses particulares.⁴³ Los aspectos estéticos o las cualidades propias de una persona pasan a un segundo lugar, la igualdad democrática asegura un plano de simetría para que las personas puedan convivir de manera igualitaria en una comunidad. En este sentido, lo importante es que el derecho provea de capacidades suficientes a la población carcelaria para que no sufra vulneraciones y/o daños en su integridad; esto, sin importar los factores que motivaron el delito cometido por el recluso. Sin embargo, Anderson advierte que esta explicación deja una segunda pregunta abierta ¿Cuáles serían las capacidades que la sociedad debiese igualar? Para responder esta pregunta, la autora subraya que esas capacidades no tan solo deben ser útiles para la participación política de las personas, sino que también para la participación en la sociedad civil. En palabras sencillas, las capacidades garantizadas deben propiciar la participación de las

³⁹ Véase ANDERSON (1999), p. 312.

⁴⁰ Véase ANDERSON (1999), p. 312.

⁴¹ En estos términos, véase las manifestaciones de la opresión social que devela YOUNG (1990).

⁴² Véase ANDERSON (1999), p. 313.

⁴³ Véase ANDERSON (1999), p. 316, citando a SEN (1992), pp. 39-42.

personas, ya sea mediante el ejercicio de derechos, el acceso a espacios públicos y privados, y la aceptación de la sociedad para no sufrir exclusión por rasgos corporales y/o adscripción a un grupo social determinado.⁴⁴

Dicho esto, Anderson identifica tres aspectos que garantiza la igualdad democrática respecto de la estructura de las capacidades, ellos son: a) acceso efectivo a niveles de funcionamiento; b) acceso a niveles de funcionalidad suficientes para el posicionamiento igualitario dentro de la sociedad y; c) acceso efectivo a un conjunto de capacidades suficientes durante el transcurso de una vida. En cuanto al primero de ellos, la autora señala que “[e]l acceso efectivo a un nivel de funcionalidad significa que los individuos pueden alcanzarlo al desplegar medios que ya se encuentran a su disposición, no que la funcionalidad les sea incondicionalmente garantizada sin ningún esfuerzo de su parte”.⁴⁵ En este plano, la igualdad democrática articula un sistema de incentivos que propone la posibilidad de acceder a bienes, siempre que la persona desee hacerlo. Así, por ejemplo, nada impide que un recluso desayune todos los días, salvo que elija ser parte de una congregación religiosa que aconseja el ayuno.

Respecto al segundo aspecto, Anderson asume una posición moderada. La idea de garantizar un conjunto de capacidades suficientes es objeto de una interpretación amplia, y lleva a preguntarnos por el alcance que tiene la expresión *capacidades suficientes*. Sin lugar a dudas, es una cuestión debatible, ya que no todas las funcionalidades requieren los mismos niveles de capacidad. De esta forma, podríamos sostener que quienes cumplan con ciertas condiciones mínimas, como ser nacional de un país, mayor de edad y no encontrarse cumpliendo una pena de cárcel, pueden ejercer el derecho a sufragio. Sin embargo, dichas capacidades mínimas podrían ser cuestionadas si una persona analfabeta quisiera celebrar un contrato de compraventa. Tampoco se trata de aumentar la cantidad de capacidades mínimas para el desempeño en la vida política y civil de una persona, exigiendo el dominio de un idioma diferente al nativo o una formación integral en física cuántica. Lo cierto es que las capacidades suficientes deben abarcar un mínimo determinado que permita el ejercicio de derechos y desarrollo de las personas en la sociedad en un plano de igualdad sustantiva.⁴⁶ En este sentido, una revisión profunda de las celdas de los reclusos debe contemplar una serie de medidas destinadas para que no exista ningún lesionado, con un personal capacitado que utilice de manera adecuada la fuerza para que la población penal no sufra daños injustificados en su integridad física.

Por último, Anderson precisa que “la igualdad democrática garantiza acceso efectivo a un paquete de capacidades suficiente para pararse como un igual frente a otros durante el transcurso de una vida”.⁴⁷ Este conjunto de capacidades permite que una persona pueda posicionarse frente a miembros de la sociedad con las mismas herramientas. La particularidad de esta visión, a diferencia del igualitarismo de la suerte, es que la fortuna no juega un rol protagónico, la mala suerte de haber tomado una decisión con consecuencias negativas no obstruye a aquella persona de la posibilidad de gozar del conjunto de capacidades suficientes a lo largo de su vida. La igualdad democrática garantiza capacidades inalienables que

⁴⁴ Véase ANDERSON (1999), pp. 316-317.

⁴⁵ ANDERSON (1999), p. 318. Traducción propia.

⁴⁶ Véase ANDERSON (1999), p. 319.

⁴⁷ ANDERSON (1999), p. 319. Traducción propia.

perduran en el tiempo, derechos que se mantienen vigentes y disponibles para ser ejercidos por sus destinatarios.⁴⁸ De esta forma, si una persona cumple una condena, cualesquiera sean las razones que tuvo para hacerlo, no existe razón plausible para no entregar un trato digno al interior del recinto penitenciario.

En el ámbito del derecho administrativo, el conjunto de capacidades suficiente depende del sector analizado. La particularidad de los servicios, en su orgánica y funcionamiento, permite identificar, en algunos casos, desigualdades ilegítimas y la necesidad de incorporar dosis de igualdad. La actividad penitenciaria responde a una especialidad que se caracteriza por la constante fricción entre los derechos de los reclusos y el deber de cuidado estatal. La dificultad que se presenta es que la intervención estatal está propensa a ser negligente, ya que los privados de libertad están sometidos a fuertes medidas de vigilancia. Esto supone una intervención estatal intrusiva que merma la capacidad de los reclusos para ejercer, por ejemplo, sus derechos en salud, integridad física y privacidad. De esta forma, el paquete de capacidades suficiente debe estar compuesto por medidas que logren armonizar la posición jurídica de los presos y las condiciones materiales de vida dentro de las cárceles.

3.2. El alcance punitivo de la privación de libertad

A diferencia de otros grupos desaventajados, las personas privadas de libertad están sometidas a una restricción legítima de derechos. La ejecución de la pena contempla que los reclusos no puedan ejercer sus derechos políticos y libertades ambulatorias, mientras que los demás derechos son ejercidos en la medida que el funcionamiento de la Administración Penitenciaria así lo dispone. Desde esta perspectiva, podríamos decir que la pena por sí misma es un daño que los reclusos tienen que tolerar. En principio, resulta un dato de la causa el hecho que la población penal se encuentre sometido a un castigo. Sin embargo, y como se ha revisado previamente, la ejecución de la pena no es absoluta y por ello es necesario fijar ciertos contornos para determinar el límite de la actuación penitenciaria.

En lo que sigue, centraré la atención en aquellos aspectos mínimos que debiesen ser contemplados para ejercer la facultad de castigar, manteniendo las capacidades jurídicas de la población penal. A mi juicio, estos son: el equilibrio para determinar que la pena no sea mayor a la culpabilidad del infractor (3.2.1.) y; la presencia de la finalidad preventiva de la pena en el momento de su ejecución para hacer posible la resocialización de los castigados (3.2.2.).⁴⁹

3.2.1. La legalidad en la ejecución penal

Según Roxin “el derecho penal se enfrenta al individuo de tres maneras: amenazando, imponiendo y ejecutando penas; y esas tres esferas de actividad estatal necesitan una justificación cada una por separado”.⁵⁰ Todas ellas se relacionan cronológicamente con la

⁴⁸ Véase ANDERSON (1999), p. 320.

⁴⁹ En esta parte de la investigación, considero oportuno señalar que la investigación no se detiene a analizar pormenorizadamente las distintas teorías que versan sobre la finalidad de la pena, ni tampoco me inclinaré por una de ellas, más bien hago uso de algunas ideas como análisis introductorios que me servirán para comprender la finalidad resocializadora de ley penitenciaria. Para una explicación general sobre las distintas finalidades de la pena, véase VON HIRSCH (1998), pp. 659 y ss.

⁵⁰ ROXIN (1976), p. 20.

sanción penal. Primero, la amenaza se vincula con la instancia previa del castigo, donde la ley advierte a los ciudadanos las consecuencias jurídicas que produce actuar en contravención al derecho penal.⁵¹ Segundo, la imposición de la pena es el acto de adjudicación del tribunal, quien mediante una sentencia judicial determina la culpabilidad de una persona por haber cometido un delito.⁵² Por último, la ejecución de la pena se relaciona con la materialización de la pena, con el cumplimiento efectivo de la sanción penal impuesta.⁵³

En todas las etapas señaladas, el principio de legalidad actúa como denominador común, aunque su invocación es diferenciada. Por lo tanto, para vincular la condena y la ejecución de la pena es necesario identificar los puntos de encuentro. Una reflexión exhaustiva en esta materia exige que el Estado no solo imponga una pena merecida, sino que también genere las condiciones adecuadas para su materialización; con lo cual se entiende que el *ius puniendi* es un proceso integrador que comprende no solo la imposición de la pena, sino que también su materialización.⁵⁴ Según lo indicado por Roxin, en la imposición se justifica la pena debido a la gravedad del delito cometido, así, el castigo merecido recae sobre las acciones culpables que se logran comprobar. En el caso de la ejecución de la pena, la justificación recae sobre las medidas carcelarias adoptadas para lograr la finalidad resocializadora y la supresión de condiciones deplorables para el cumplimiento de la pena. En ambos casos, las medidas se evalúan en virtud de las condiciones carcelarias y la disciplina demostrada por la población penal.

Por ejemplo, el garantismo penal evalúa el aumento o reducción de la pena desde el principio de certeza. Sobre este principio, Ferrajoli se pregunta qué tan legítimo resulta que la Administración Penitenciaria o el Juez de Ejecución reduzcan la pena que fue previamente determinada por los Tribunales de Justicia. Para el autor, las respuestas positivas de estas preguntas se justifican con el presupuesto de la reeducación del recluso, esto significa que “si un preso resulta arrepentido antes del fin o, por el contrario, no arrepentido en el momento del fin de la ejecución, deberá ser liberado en el primer caso anticipadamente y en el segundo con posterioridad a la fecha de extinción de las penas infligidas”.⁵⁵ Según la idea de Ferrajoli, una persona cambia debido al transcurso del tiempo dentro de la cárcel, por lo que no tendría sentido seguir con el sufrimiento de quien se ha convertido en una persona totalmente distinta de la condenada.⁵⁶

En este sentido, el castigo ejecutado no es considerado como un acto de venganza de quien detenta el poder, sino que más bien se articula como un mecanismo de defensa de la sociedad. El ingreso de los condenados a la cárcel no supone su exclusión como sujetos de derechos y obligaciones, pese a la situación jurídica excepcional en la que se encuentran. Por lo tanto, las consecuencias jurídicas que derivan del principio de legalidad en sede judicial también deben extenderse en sede administrativa; en esta última, el principio de legalidad evalúa las

⁵¹ Véase ROXIN (1976), pp. 20-24.

⁵² Véase ROXIN (1976), pp. 27-31.

⁵³ Véase ROXIN (1976), pp. 31-33.

⁵⁴ Véase esta relación de ideas en MAÑALICH (2011), p. 172. Para este autor, la irrogación del mal no es más que la materialización de la pena, cuya condición necesaria es el reproche penal merecido.

⁵⁵ FERRAJOLI (1995), p. 406.

⁵⁶ Véase FERRAJOLI (1995), p. 407.

condiciones habitacionales y sanitarias de encarcelamiento de los reclusos, las instalaciones que ofrece el establecimiento penitenciario y el trato de los funcionarios que ejercen funciones de vigilancia.⁵⁷

En congruencia con lo antes señalado, el Código Penal chileno no tan solo consagra el principio de legalidad al momento de imponer la pena, sino que también una vez que ésta se materializa. El cuerpo normativo establece que no es posible “ejecutarse pena alguna sino en virtud de una sentencia ejecutoriada” (artículo 79), así como “tampoco puede ser ejecutada pena alguna en otra forma que la prescrita por la ley” y “reglamentos especiales para el gobierno de los establecimientos en que deben cumplirse las penas” (artículo 80). Esta manifestación del principio de legalidad sostiene su normatividad sobre la base de una racionalidad que es acorde con la ejecución de la pena, consagrando garantías que hacen tolerable la vida del recluso dentro de la cárcel, así como también imponiendo límites para la actuación de la Administración Penitenciaria.

3.2.2. La finalidad resocializadora

En general, los ordenamientos jurídicos que consagran esta finalidad buscan reintegrar al recluso en la sociedad, reducir la duración prefijada de la pena o suspender su ejecución adoptando otras medidas alternativas.⁵⁸ Sin embargo, su delimitación es ambigua, puesto que su contenido no se encuentra claramente demarcado y aquello justificaría eventuales acciones u omisiones arbitrarias en la esfera íntima de los reclusos.⁵⁹

Debido a esta dispersión conceptual, resulta conveniente distinguir las dimensiones generales que abarcaría la resocialización. En este sentido, Mapelli señala que “si partimos de una interpretación amplia de la resocialización, entendiéndola como proceso por el que se fomenta la responsabilidad del penado, se opta por una tesis consecuente con las ciencias del comportamiento, pero se cae en el peligro de etización del Derecho Penal. Si, por el contrario, nos inclinamos por una interpretación estricta, procurando exclusivamente la responsabilidad legal del penado, entonces optamos por una actitud pacífica para con el Derecho Penal pero inoperable desde una perspectiva de las ciencias sociales”.⁶⁰

Como vemos, la reincorporación del condenado a la sociedad puede darse desde una perspectiva amplia, incorporando valores morales como una forma de reeducar a quien se encuentra condenado, o desde una perspectiva restringida, cumpliendo con los preceptos legales que regulan la actividad penitenciaria para que el condenado no vuelva a reincidir. En cada uno de estos ámbitos podemos encontrar algún reparo respecto de la demarcación conceptual de la resocialización, así una intervención leve puede ser una medida insuficiente

⁵⁷ En estos términos, el principio de legalidad es el fundamento y límite de las actuaciones penitenciarias, puesto que, por un lado, deben estar amparadas de acuerdo a algún precepto legal, y, por otro lado, deben ejecutarse sin transgredir la dignidad humana de la población penal. Véase MATA Y MARTÍN (2016), pp. 215-217.

⁵⁸ Así por lo menos lo indica el artículo 25.2 de la Constitución Española y el artículo 1° de la Ley Orgánica de Gendarmería de Chile.

⁵⁹ Para García-Pablos, la ambigüedad del concepto *resocialización* permite el surgimiento de diversas concepciones que tienen, por un lado, semejanzas en cuanto a la manifiesta hostilidad hacia el retribucionismo, aunque, por otro lado, diferencias respecto a la intensidad de la intervención penal sobre al condenado, véase GARCÍA-PABLOS (1979), pp. 652-654.

⁶⁰ MAPELLI (1983), p. 20.

para lograr una readaptación social efectiva para el recluso, mientras que una intromisión profunda puede dar lugar a excesos de poder, generando daños ilegítimos en la integridad física o psíquica de los reclusos.⁶¹

Sin perjuicio de la conceptualización adoptada, la resocialización también se presenta como un límite del *ius puniendi*. Esta finalidad actúa como una forma de legitimación material de la privación de libertad, donde el Estado mantiene ciertas expectativas sociales mediante la custodia de los condenados aunque disminuyendo la intervención punitiva. Según Ferrajoli la reducción del *ius puniendi* estatal se origina con la determinación de la pena mínima necesaria en sede legislativa y judicial, puesto que se adoptan una serie de medidas que disminuyen la penalidad, entre ellas: la supresión de la pena de muerte y cadena perpetua, la reducción de las penas privativas de libertad y la aparición de penas alternativas para su ejecución, como la libertad vigilada y los arrestos domiciliarios.⁶² Esto se explica desde una concepción que entiende la criminalidad como un problema social, donde el poder público debe intervenir para remover las condiciones que posibilitan el hecho criminal.⁶³

Con esto en juego, parece evidente que imponer un castigo sin fijar la mirada en una futura rehabilitación del reo crea un problema en la ejecución de la pena. Un castigo sin límites genera que la política criminal centre su atención en endurecer las penas asignadas a los delitos, dejando de lado la finalidad que tiene el hecho de reinsertar a los castigados en la sociedad. Precisamente, este escenario es propicio para erradicar las prácticas delictivas que motivan al condenado a reincidir en su comportamiento y, al mismo tiempo, darle una nueva oportunidad para su desarrollo humano en el medio libre.⁶⁴

Según lo dicho hasta aquí, la resocialización no es posible comprenderla como una finalidad con un alcance unívoco. En el caso chileno, el problema que podemos avizorar es doble, ya que, por un lado, no existe una consagración constitucional de la resocialización, puesto que su reconocimiento se efectúa mediante la Ley Orgánica de Gendarmería de Chile (en adelante Ley) como una de las finalidades de la Administración Penitenciaria (artículo 1°) y; por otro lado, la Ley no fija un contenido claro, ni establece elementos precisos que sean útiles para cercar su contenido. Esta dificultad produce que los alcances de la resocialización se reduzcan a la interpretación judicial.

3.3. Umbral de exigencia en las relaciones penitenciarias

En el ámbito del derecho administrativo las obligaciones no son uniformes. Los sectores regulados son numerosos y el funcionamiento en cada uno de ellos es diferenciado. El interés público que se debe satisfacer recae sobre aspectos particulares. Por lo tanto, la diligencia empleada en cada servicio público debe evaluarse según las obligaciones que se exigen para cada repartición. Por ejemplo, la sanidad pública protege la salud de la población, las fuerzas armadas resguardan la seguridad nacional y el registro civil ordena y sistematiza el estado

⁶¹ Esto se puede ver reflejado cuando la autoridad traspasa, de manera consciente, el límite de lo tolerable para intervenir en la esfera privada de los reclusos, véase FEJOO (2014), p. 152.

⁶² Véase FERRAJOLI (1995), pp. 409-410.

⁶³ Véase MATA Y MARTÍN (2016), p. 205.

⁶⁴ Véase BERGALLI (2003), pp. 57-58.

civil de las personas naturales. En el ámbito penitenciario, la finalidad o interés que persigue Gendarmería es vigilar y promover la reinserción social de las personas presas.

El estándar de diligencia que debe cumplir la Administración Penitenciaria se basa en las obligaciones específicas que derivan de su funcionamiento. Como en nuestro país la responsabilidad del Estado es por falta de servicio, las actuaciones administrativas deben ser evaluadas según las dimensiones de este título de imputación. Los tribunales juzgan la diligencia de Gendarmería en atención a su funcionamiento, esto es, si es que la actuación fue defectuosa, tardía o no se prestó debiendo prestarse. Todas estas variantes son causales para imputar responsabilidad a la Administración Penitenciaria.

Ahora bien, el funcionamiento de este servicio público se explica a partir de las obligaciones que tiene el Estado en materia de ejecución de la pena. En Chile, estas se encuentran consagradas en la Ley y el Reglamento. En un primer conjunto de deberes, encontramos que la Ley Orgánica indica que la Administración Penitenciaria tiene la obligación de “atender, vigilar y contribuir a la reinserción social de las personas privadas de libertad” (artículo 1°). Un segundo conjunto de deberes se encuentra regulado en el Reglamento, consagrando que los internos se encuentran en una relación de derecho público respecto del Estado; de manera que fuera de los derechos perdidos o limitados por una condena, su condición jurídica es idéntica a la de los ciudadanos libres (artículo 2°). Esto se traduce en que la Administración Penitenciaria debe procurar la realización efectiva de los derechos compatibles con la condición del interno; por lo que Gendarmería debe entregar un trato digno a aquellas personas privadas de libertad (artículo 5°, inc. 2°).

El conjunto de deberes identificados exige que el Estado cumpla una función diferenciada. Esto se explica por la relación de derecho público que existe entre los reclusos y la Administración Penitenciaria, ya que el interno queda inserto en la esfera organizativa de Gendarmería, sometido a un régimen jurídico que restringe su libertad personal, pero que mantiene la expectativa de garantizar aquellos derechos que no fueron cercenados producto de la privación de libertad. Para comprender este marco deberes, sigo la distinción trazada entre deberes de custodia (3.3.1.) y deberes de resguardo (3.3.2.).⁶⁵

3.3.1. Deberes de custodia

Los deberes de custodia están representados por las obligaciones que velan por el cumplimiento efectivo de la pena.⁶⁶ La lectura de la Ley evidencia que las obligaciones que se originan en este ámbito están destinadas a atender y vigilar la estadía de las personas privadas de libertad en la cárcel. Esto significa contar con una infraestructura adecuada para el confinamiento de los condenados, así como también con personal suficiente y capacitado para su vigilancia. Estos aspectos son relevantes cuando los tribunales evalúan la diligencia de las actuaciones penitenciarias.

⁶⁵ Sobre esta distinción, el trabajo realizado por CASTRO *et al.* (2010) fue iluminador para modelar el conjunto de deberes penitenciarios en el ámbito del derecho administrativo.

⁶⁶ En estos términos, véase POBLETE (2019), p. 27.

Sin embargo, una dificultad que se presenta en este tipo de obligaciones es su generalidad. Con esto me refiero a lo complejo que resulta definir la exigencia exacta a la que se somete Gendarmería. Satisfacer el umbral del interés público comprende el cumplimiento de las actuaciones que impone la Ley y el Reglamento, así como también aquellas actuaciones que el contexto exige a los gendarmes. A pesar de ello, no se establece de manera exacta cómo los funcionarios deben evitar o terminar con una riña, aunque parece razonable intervenir en dicha situación causando el menor daño posible a quienes participan de la trifulca.

Sobre este deber, podemos señalar que la Administración Penitenciaria debe velar por el respeto del régimen penitenciario. Las medidas disciplinarias encuentran sustento en el conjunto de normas que están destinadas a mantener una convivencia pacífica y ordenada de las personas dentro de las cárceles (artículo 24 del Reglamento); asimismo Gendarmería debe cuidar porque los internos respeten los reglamentos de orden y disciplina, sanidad e higiene, además de conservar con cuidado las instalaciones del establecimiento, utensilios y vestuario que eventualmente les sean proporcionados (artículo 26 del Reglamento). Por último, el servicio público debe dotar de una ficha individual a cada preso, teniendo como finalidad la identificación y registro de estos, así como la aplicación de un tratamiento penitenciario diferenciado. En esta ficha, se detallan los datos personales, procesales, de salud, educación, trabajo, conductuales, psicológicos y sociales, y todo otro dato relevante sobre la vida penitenciaria de los internos (artículo 26, inc. 2° del Reglamento).

Cada una de las medidas reglamentarias proporcionan elementos que permiten dar contenido al deber de custodia. En estos términos, podemos conceptualizar el deber de custodia como la obligación que tiene Gendarmería de vigilar a los condenados para el cumplimiento efectivo de la pena dispuesta en la sentencia judicial, ofreciendo una estadía con una infraestructura carcelaria adecuada en lo que concierne a habitación e higiene, así como también un despliegue suficiente de funcionarios capacitados para atender las necesidades y los eventos que se presentan al interior del recinto carcelario.

3.3.2. Deberes de resguardo

Los deberes de resguardo están representados por el grupo de obligaciones que incorporan medidas para proteger los derechos penitenciarios.⁶⁷ En virtud de estas obligaciones, la Administración Penitenciaria tiene que asegurar condiciones de vida que no mermen el ejercicio de los derechos y libertades que no han sido restringidos producto de la privación de libertad. Conjugar el deber de custodia y resguardo impone un doble esfuerzo de Gendarmería, que no tan solo tiene que preocuparse de vigilar a los reclusos para que cumplan efectivamente la pena, sino que también adoptar medidas tendientes a prevenir daños, que pudieran ocurrir por abusos de los mismos funcionarios, por riñas entre internos, así como también por actos suicidas.

En este sentido, entregar un trato digno a los reclusos obliga a la Administración Penitenciaria a adoptar una serie de medidas que promuevan el cumplimiento de su finalidad principal: la resocialización. Para Carnevali y Maldonado, esta finalidad se vincula con el desarrollo de la acción educativa de los sentenciados durante la pena privativa de libertad, aunque la

⁶⁷ En estos términos, véase POBLETE (2019), p. 28.

expresión *acción educativa*, según los autores, “se utiliza específicamente en referencia al denominado *proceso de reinserción social*, ofreciendo una conceptualización que implícitamente se enmarca en una perspectiva tradicional del *tratamiento*, donde el condenado es comprendido como un individuo que padece déficits de formación personal y que, por ello, requiere que la actuación penitenciaria enfoque los esfuerzos vinculados a socialización en acciones que son asumidas como parte de su *educación* como persona.”⁶⁸ Por lo que el proceso educativo no se relaciona con actividades de formación escolar, sino que más bien con actividades destinadas a disminuir el compromiso delictivo de los condenados, entregando una cierta estructura personal.⁶⁹

Esta manera de perfilar la reinserción social fija un conjunto de acciones que debe llevar a cabo Gendarmería para cumplir con el deber de resguardo. El marco normativo establece una serie de medidas que permiten a los reclusos asemejar, en algo, la privación de libertad con el mundo exterior. Así, la normativa regula el régimen cotidiano y laboral, estableciendo un horario similar al del medio libre, con horarios de inicio y término de la jornada laboral diaria, y de alimentación; se garantizan espacios de esparcimiento y formación, destinando al menos ocho horas diarias para el descanso y ofreciendo actividades tanto recreativas como culturales (artículo 27 del Reglamento). También se hace efectivo el ingreso o traslado a módulos o pabellones especiales a aquellos internos cuya situación haga necesaria la adopción de medidas dirigidas a garantizar la vida e integridad física o psíquica de las personas y el orden y seguridad del recinto penal (artículo 28 del Reglamento). Por último, se regulan beneficios intrapenitenciarios, como los permisos de salida que forman parte de la reinserción social, entregando gradualmente mayores espacios de libertad, como sería el caso de la salida dominical (artículo 96 del Reglamento).

En este orden de ideas, el deber de resguardo puede definirse como la obligación que tiene Gendarmería de garantizar la capacidad jurídica de las personas privadas de libertad, mejorando las condiciones de vida en la cárcel mediante la implementación de medidas que promuevan la reinserción social. Se presenta como un complemento del deber de custodia, porque busca proteger la capacidad jurídica de personas que se encuentran en una posición desmejorada.

En este sentido, la ley penitenciaria refleja una arista igualitaria porque busca garantizar a los reclusos un acceso permanente a un conjunto de medidas resocializadoras, reduciendo su compromiso delictual y proveyendo de ciertas herramientas básicas para su retorno a la sociedad. Esto permite reafirmar la idea de que los tribunales poseen una carga argumentativa reforzada porque tienen que integrar los deberes de custodia y resguardo al juicio de imputación de responsabilidad. En este escenario, los jueces tienen que evaluar la actividad penitenciaria en razón de la vigilancia que se ejerce en un espacio físico determinado y en relación a las condiciones materiales que hacen digna la vida en la cárcel. Sin duda que este ejercicio de interpretación judicial despeja rasgos de subordinación injustificados en el ámbito carcelario.

⁶⁸ CARNEVALI y MALDONADO (2013), p. 390.

⁶⁹ En resumidas cuentas, lo que se persigue con la resocialización es remover o neutralizar los factores que han llevado a delinquir al delincuente. Véase CARNEVALI y MALDONADO (2013), p. 391.

4. Criterios jurisprudenciales para un estándar de diligencia penitenciario

Por último, analizo la diligencia de la Administración Penitenciaria. Para ello, utilizo sentencias pronunciadas por la Tercera Sala de la Corte Suprema chilena que resuelven indemnizaciones de perjuicios por responsabilidad extracontractual del Estado en materia penitenciaria. En este punto, prevengo que las sentencias recopiladas son posteriores al año 2011, es decir, que se trata de casos resueltos después de la reforma de la Ley Orgánica de Gendarmería cuando se reformula la expresión “rehabilitar a”, por la expresión “contribuir a la reinserción social” y, de esa forma, queda delimitada la finalidad de la Administración Penitenciaria.⁷⁰ Por su parte, prevengo que los casos analizados no representan exhaustivamente el acervo de sentencias en esta materia.

En esta parte, identifico tres criterios utilizados por la Corte para resolver la falta de servicio en materia carcelaria.⁷¹ El criterio de la prevención, que se vincula con las acciones u omisiones de Gendarmería para evitar eventos dañosos, ya sea requisando, allanando, incautando o vigilando de manera habitual el recinto (4.1.); el criterio del auxilio adecuado, que constata la diligencia de Gendarmería una vez ocurrido el hecho dañoso, socorriendo oportunamente a la víctima, ya sea trasladando a un recinto asistencial o entregando las medicaciones correspondientes (4.2.) y; el criterio de la protección igualitaria, que evalúa las actuaciones penitenciarias en razón de la protección de derechos, incorporando en su argumentación aspectos que dan cuenta de medidas a favor de la resocialización (4.3.).

En algunos casos, la argumentación de la Corte considera aspectos relacionados con la atención y custodia de la población penal, mientras que en otros se podrá apreciar que la Corte identifica situaciones de desventaja injustificada que son objeto de protección diferenciada (igualitaria). En este último conjunto de casos, la argumentación de la Corte ahonda en los deberes de resguardo de la Administración Penitenciaria, principalmente, cuando se trata de la protección de la vida, integridad física, salud y privacidad de los reclusos. Este análisis permite descifrar aquellos criterios que son congruentes con las obligaciones originadas en las relaciones jurídicas penitenciarias.

4.1. Criterio de la prevención

En *Sepúlveda con Fisco de Chile (2019)*, el demandante alega falta de servicio de Gendarmería por la muerte del recluso Juan Castillo, quien se encontraba cumpliendo pena privativa de libertad en el Centro de Cumplimiento Penitenciario Biobío. Los hechos señalan que el día 02 de octubre de 2014, el interno Castillo protagoniza una riña en el comedor de la cárcel con otro recluso, quien le propina heridas torácicas graves que provocaron la muerte de Castillo. Una controversia central en este caso es que el circuito de televisión que vigila ese espacio común no logró captar la riña en el momento que se originó.⁷²

⁷⁰ Véase la Ley 20.426 que Moderniza Gendarmería de Chile.

⁷¹ Prevengo que la clasificación ofrecida es provisoria. Asimismo, por razones de extensión temática dejo fuera del análisis el criterio de la prueba.

⁷² Corte Suprema, rol N°55-2018, 25 de febrero de 2019. Considerando 5°.

Según estos antecedentes, la Corte Suprema estima que la actuación de Gendarmería es negligente. Si bien, en un primer momento está de acuerdo con que la Administración Penitenciaria no cuenta con los recursos humanos para vigilar a cada uno de los miembros de la población penal, esta sí debería contar con otros mecanismos para prevenir o detectar a tiempo hechos que pudiesen ser dañosos para los reclusos. En este sentido, la Corte es enfática en señalar que el sistema de vigilancia por cámaras de seguridad debía estar funcionando adecuadamente en uno de los espacios comunes donde habitualmente comparten los presos: el comedor del módulo. De haber contado con un sistema de televigilancia eficiente y correctamente diseñado, se hubiese alertado oportunamente de la riña que condujo a la muerte del recluso.⁷³

4.2. Criterio del auxilio adecuado

En Olmedo con Fisco de Chile (2015), la parte demandante alega falta de servicio de Gendarmería por los perjuicios que padecieron como consecuencia del fallecimiento de Richard Olmedo. Los hechos establecidos por la Corte señalan que el día 14 de octubre de 2012 el recluso Olmedo recibió heridas torácicas por arma blanca en medio de una riña protagonizada con otro recluso. Minutos después fue trasladado al Hospital San Martín de Quillota, donde habría muerto producto de las lesiones graves con las que había llegado. Según los antecedentes del caso, el servicio público habría realizado las revisiones previas necesarias y presado auxilio oportuno después de haberse desencadenado la riña. Por su parte, la sentencia constata un hecho relevante para la causa: el momento en que ocurre la riña era justo el horario de colación de los funcionarios y de visita a los reclusos.⁷⁴

Con estos antecedentes, la Corte evalúa la actuación de Gendarmería mediante un análisis que involucra los recursos materiales y humanos desplegados. En la sentencia se logra identificar que la actuación de los gendarmes es acorde con las obligaciones legales y reglamentarias; además, la prudencia con que actúan los funcionarios se ve reflejada antes, durante y después del evento dañoso. Antes de la riña, se realizaron todas las revisiones, requisas y allanamientos que habitualmente se realizan en el penal. Durante la riña, el personal se encontraba repartido en el casino para la respectiva colación y el espacio para que los reclusos recibieran a sus visitas. Sobre esto último, la Corte coloca énfasis en señalar que no resulta previsible que en horario de visita los reclusos incurran en este tipo de indisciplinas. Después de ocurrida la riña, el personal penitenciario trasladó de manera oportuna a Olmedo a un centro de salud para ser asistido. Por lo tanto, no resulta razonable exigir a Gendarmería mantener una vigilancia absoluta, a cada instante del día y la noche, proporcionando personal para custodiar de manera personalizada a la población penal.⁷⁵

Finalmente, la Corte estimó que Gendarmería actuó de manera diligente. En este sentido, la exigencia de velar por la vida y la integridad física de los reclusos, proyectando el deber de resguardo, puede verse satisfecho en la medida que el servicio público adoptó todas las medidas legales y reglamentarias impuestas y, además, actuó con prudencia en un momento del día en que normalmente no ocurre este tipo de episodios dañosos.

⁷³ Corte Suprema, rol N°55-2018, 25 de febrero de 2019. Considerando 15°.

⁷⁴ Corte Suprema, rol N°6530-2015, 14 de septiembre de 2015. Considerando 5°.

⁷⁵ Corte Suprema, rol N°6530-2015, 14 de septiembre de 2015. Considerando 6°.

4.3. Criterio de la protección igualitaria

En Rebolledo con Fisco de Chile (2015), la Corte Suprema también analiza los hechos desde el criterio de razonabilidad, pero con algunas variables que nos permiten comprender algunas dimensiones generales de la protección igualitaria. En este caso, el recluso José Gutiérrez falleció a causa de una herida penetrante producida por un arma blanca en el Centro de Cumplimiento Penitenciario de Concepción.⁷⁶ Según el establecimiento de estos hechos, la Corte Suprema estima que no existe falta de servicio porque no se logra comprobar que Gendarmería no cumplió con el estándar de diligencia legal y reglamentariamente impuesto. A continuación la sentencia indica que el estándar de la falta de servicio permite la formulación de reglas de deberes de actuación en concreto que, si no se cumplen permiten calificar de antijurídica una actuación. Sin embargo, la falta de diligencia en este caso no logra ser acreditada y, por lo tanto, no se puede imputar el daño sufrido por la demandante a Gendarmería ante cualquier evento que ocurriese dentro del establecimiento penitenciario.⁷⁷

La sentencia citada resulta relevante porque analiza el estándar de diligencia y su vinculación con los deberes de cuidado. Una primera relación que hace la sentencia es entre estándar de diligencia y falta de servicio. La Corte Suprema estima que la falta de servicio es un estándar de comportamiento que sirve de medida para determinar si la actuación de Gendarmería es diligente o negligente. En razón de ello, los elementos que utiliza para determinar la superación del umbral exigido es el conjunto de deberes impuestos legal y reglamentariamente. Sin perjuicio de ello, y como segundo aspecto importante, la Corte señala que el estándar de la falta de servicio permite la formulación de reglas de deberes de actuación en concreto. Sobre esta materia, Cordero señala que “los parámetros o criterios de comportamiento no son el mero cumplimiento de las obligaciones legales, sino el cumplimiento adecuado de las mismas”.⁷⁸ Esto se vincula con la idea que la Administración, en general, tiene que actuar ante la incapacidad de la norma jurídica para resolver los casos que se presentan ante ella.

Según dichas consideraciones, se espera que la Administración Penitenciaria termine el cuadro regulativo de sus obligaciones mediante la discrecionalidad administrativa, cuyo límite sería la razonabilidad.⁷⁹ De esta forma, para que la Corte evalúe correctamente el marco de deberes penitenciario tiene que aplicar estándares de diligencia diferenciados para catalogar las actuaciones de Gendarmería. Como el Reglamento regula con abundancia el poder disciplinar de Gendarmería, el examen de la Corte sobre el deber de custodia no presenta muchas dificultades. Sin embargo, en el caso de los deberes de resguardo, el Reglamento regula escasamente la protección de derechos penitenciarios y las medidas para lograr la reinserción social. Debido a ello, la actuación penitenciaria solo podría catalogarse

⁷⁶ Corte Suprema, rol N°32.118-2014, 30 de septiembre de 2015. Considerando 2°.

⁷⁷ Corte Suprema, rol N°32.118-2014, 30 de septiembre de 2015. Considerando 6°

⁷⁸ CORDERO (2017), pp. 96-97.

⁷⁹ En estos términos, HUEPE (2018), p. 102. Sobre esta materia, el autor sostiene que “la discrecionalidad, ya como margen de volición o cognición, se encuentra condicionada en toda su estructura por un concepto jurídico indeterminado, como lo es la razonabilidad del ejercicio de la actividad discrecional, que no es otra cosa que la concreción jurídica de la prudencia que es un elemento que conforma, en su esencia, el concepto etimológico de discrecionalidad”.

como justificada si los funcionarios ejecutan acciones tendientes a no causar daños que los reclusos tengan que soportar, ante la falta de regulación administrativa. A continuación se analizarán tres ejemplos concretos.

En Cuneo con Fisco de Chile (2012), la parte demandante alega falta de servicio de Gendarmería de Chile por no haber advertido las circunstancias en que se inicia el fuego en la celda de aislamiento donde se encontraba el recluso Ángel Cuneo. Para la Corte Suprema, los hechos del caso señalan que el 22 enero de 2005 el recluso Cuneo fue ingresado a una celda de aislamiento que compartía con otro recluso. Momentos después se inició un incendio que afectó el colchón, la vestimenta y el cuerpo de Cuneo. Posterior a ello, el recluso fue trasladado al Hospital Van Buren donde, el 27 de enero, fallece producto de las graves quemaduras que había sufrido durante el incendio.⁸⁰

Sobre estos hechos, la Corte Suprema evalúa la diligencia con que actúa Gendarmería. El criterio de la prevención resulta central en el análisis de la Corte, toda vez que el servicio público debió haber realizado las acciones tendientes a evitar que ocurriera el incendio. Incluso, el hecho que agrava la falta es que el fallecimiento de la víctima se debió a las quemaduras que sufrió en una celda de aislamiento, lugar altamente vigilado. Por lo tanto, cualquiera que haya sido el origen del siniestro demuestra que los controles no fueron eficientes para evitar el ingreso de elementos incendiarios.⁸¹

También, la sentencia hace alusión al deber de resguardo que tiene la Administración Penitenciaria. La Corte establece que Gendarmería tiene la obligación de velar por la vida y seguridad de los internos, cuestión que en los hechos no sucedió, pues no se tomaron las medidas adecuadas para impedir los daños sufridos.⁸² Un aspecto que resulta importante para la Corte es el hecho que las celdas aisladas están destinadas para que una persona se encuentra sola en ella y no, como ocurre de manera irregular, sea compartida con otra. Esto genera hacinamiento y la posibilidad de que se ingresen elementos peligrosos a la celda.⁸³

Según lo señalado, la Corte declara como negligente la actuación de Gendarmería. Las razones se resumen en los daños causados por el servicio público y en la imposibilidad de cumplir con un proceso socializador efectivo. Esto porque el interno se encontraba encerrado en una celda aislada con otra persona cuando sufrió las graves lesiones con consecuencia de muerte durante el incendio de la cárcel. Por su parte, la Corte constató que Gendarmería ubicó a dos reclusos en una misma celda de aislamiento, lo cual constituye una medida disciplinar irregular que origina peligro para la vida y la seguridad de la población penal. Esto trae consigo la desprotección de derechos penitenciarios, tales como la protección de la salud y la asistencia médica oportuna.

En el caso Herrera con Fisco de Chile (2012), la parte demandante alega negligencia de Gendarmería de Chile pues prestó asistencia médica tardía al recluso Luis Herrera Gavilán. Los hechos establecidos de la causa señalan que el recluso fue diagnosticado con un tumor

⁸⁰ Corte Suprema, rol N°574-2010, 09 de agosto de 2012. Considerando 6°.

⁸¹ Corte Suprema, rol N°574-2010, 09 de agosto de 2012. Considerando 38°.

⁸² Corte Suprema, rol N°574-2010, 09 de agosto de 2012. Considerando 44°.

⁸³ Corte Suprema, rol N°574-2010, 09 de agosto de 2012. Considerando 45°.

en la pierna izquierda en mayo de 2002. Cinco meses después, en octubre de 2002, se facilitaron los exámenes de imágenes para la revisión del médico tratante, y en febrero de 2003, nueve meses después del diagnóstico, se llevó a cabo la biopsia. La parte demandante alegó que Gendarmería no prestó la asistencia médica que debía haber prestado según sus obligaciones normativas. La distancia temporal entre la identificación del tumor y la revisión de los exámenes fue de nueve meses, tiempo suficiente para que al recluso Herrera le tuvieran que amputar su pierna izquierda.⁸⁴

En este escenario, la Corte Suprema revisó las obligaciones a las cuales se encontraba sometido Gendarmería de Chile. La sentencia señala que Gendarmería no tan solo es responsable de la vigilancia de los internos, sino que también de su integridad física, salud y vida en virtud de sus obligaciones legales y reglamentarias. A su vez, en el texto podemos identificar que la resolución adoptada esboza los criterios del auxilio adecuado y de la protección igualitaria. Sobre el auxilio adecuado, el tribunal constata que la Administración Penitenciaria no cumplió con la obligación de prestar la asistencia médica oportuna, demorándose más de un año en el traslado del paciente desde el centro de cumplimiento penitenciario al Hospital San José. Peor aún, después del traslado, y constatada la gravedad del tumor encontrado, se demoraron cinco meses en realizar exámenes y nueve meses más en efectuar la respectiva biopsia, todo ello con carácter de urgente.⁸⁵

Respecto de la protección igualitaria, la sentencia se hace cargo de los deberes de resguardo de Gendarmería. Es elocuente cuando indica que garantizar la integridad física de Herrera significa no tan solo que este salga en libertad después de cumplir la condena impuesta, sino que lo haga en condiciones de vida sana, y no con una pierna menos producto de una negligencia de Gendarmería.⁸⁶ El hecho de encontrarse en una relación de derecho público, donde los reclusos están en una posición de desventaja, refuerza la idea que la Administración Penitenciaria debe cumplir con las obligaciones impuestas en materia de protección de derechos y en la reincorporación social del condenado, quien no puede ejercer trabajos que involucren traslados físicos.⁸⁷ En atención a ello, la Corte estima que las actuaciones administrativas no pueden ser catalogadas como diligentes, y, por lo tanto, Gendarmería incurre en falta de servicio.

En *García con Gendarmería de Chile (2020)*, la Corte Suprema resuelve el caso aplicando un razonamiento similar al caso anterior. Los hechos establecidos indican que Maritza García ingresó al Centro de Orientación femenina el día 22 de diciembre de 2010, período en el que ya tenía 5 meses de embarazo, y cuyo estado era delicado puesto que había sido declarado un embarazo de alto riesgo por tratarse de una paciente con diabetes gestacional descompensada y obesidad mórbida. Para mayor atención y seguridad es trasladada a un módulo especial donde se encuentran las mujeres embarazadas. Días antes del parto programado, la demandante fue a control médico y, luego de una ecografía, el médico constató que había muerte fetal, y fue extraído ese mismo día.⁸⁸

⁸⁴ Corte Suprema, rol N°2618-2012, 28 de diciembre de 2012. Considerando 22°.

⁸⁵ Corte Suprema, rol N°2618-2012, 28 de diciembre de 2012. Considerando 29°.

⁸⁶ Corte Suprema, rol N°2618-2012, 28 de diciembre de 2012. Considerando 28°.

⁸⁷ Corte Suprema, rol N°2618-2012, 28 de diciembre de 2012. Considerando 30°.

⁸⁸ Corte Suprema, rol N°384-2019, sentencia de casación, 19 de junio de 2020. Considerando 3°.

En la sentencia de reemplazo, la Corte Suprema concluye que Gendarmería actuó de manera negligente. Los argumentos que entrega intentan dar cuenta de las obligaciones de vigilancia y protección de derechos carcelarios. Respecto de estos últimos, se establece que la protección jurídica de la vida, integridad física y salud alcanza tanto a la reclusa embarazada como al que está por nacer.⁸⁹ Los antecedentes y las pruebas rendidas logran acreditar que el embarazo de la reclusa era de alto riesgo y, en virtud de ello, Gendarmería debía dar atención adecuada y oportuna.⁹⁰ Lo que refleja la negligencia del servicio público es la inexistencia de un tratamiento médico adecuado para la condición que presentaba la reclusa, puesto que no se logró identificar el registro de insulina administrado diariamente, exámenes o medición de glicemia y tampoco un régimen de comidas para diabéticos.⁹¹

Los antecedentes expuestos demuestran que Gendarmería actuó por debajo del estándar que le era exigido ante el embarazo de alto riesgo de la demandante. El personal actuó durante su privación de libertad y estado de gravidez, con una actitud omisiva y de total falta de diligencia, puesto que no se cumplió con el deber jurídico de cuidado de la salud de la reclusa García ni de su hijo que estaba por nacer.⁹² En este caso, la argumentación de la Corte refleja una perspectiva igualitaria, ya que considera que la condición de embarazada y diabética de la reclusa es objeto de un tratamiento médico diferenciado, distinto de aquellos tratamientos que habitualmente son empleados en los recintos de salud.

Conclusiones

El objetivo de la presente investigación es mostrar el lugar que ocupa el ideal igualitario en los estándares de diligencia de las relaciones jurídicas penitenciarias. Para alcanzar esa meta se abordaron los siguientes temas descritos a continuación.

Primero, se efectuó un análisis conceptual de las relaciones jurídicas penitenciarias. Para una comprensión correcta de este vínculo jurídico, no tan solo deben comprenderse el reconocimiento de derechos penitenciarios, la intervención de la Administración Penitenciaria mediante el principio de legalidad y el control judicial de los tribunales de justicia, sino que también la especificación de los derechos de los reclusos y los deberes de la Administración Penitenciaria.

En segundo lugar, se identificaron rasgos sobre los cuales podemos sostener que las personas privadas de libertad son un grupo desaventajado. En este punto, se constató una contradicción entre la protección jurídica ofrecida por la reglamentación penitenciaria y la escasa regulación legal y constitucional en esta materia. Esta incertidumbre jurídica repercute en la incapacidad de ejercer derechos en un contexto donde, según la concepción moderna de las relaciones penitenciarias, es posible hacerlo. Precisamente, la desprotección de derechos penitenciarios y el difuso alcance de las funciones estatales, produce una desventaja en la población penal, la cual se refleja con la profunda subordinación que experimentan respecto

⁸⁹ Corte Suprema, rol N°384-2019, sentencia de reemplazo, 19 de junio de 2020. Considerando 4°

⁹⁰ Corte Suprema, rol N°384-2019, sentencia de reemplazo, 19 de junio de 2020. Considerando 8°

⁹¹ Corte Suprema, rol N°384-2019, sentencia de reemplazo, 19 de junio de 2020. Considerando 10°

⁹² Corte Suprema, rol N°384-2019, sentencia de reemplazo, 19 de junio de 2020. Considerando 12°.

del Estado y la marginación social causada por la ausencia de medidas que propendan a su reinserción social.

En tercer lugar, se constata que la desventaja puede ser combatida mediante la aplicación de estándares de protección variables. La justificación para incorporar dosis de ideal igualitario es la posición desaventajada de los reclusos en atención a su estatus jurídico diferenciado y al difuso alcance punitivo del Estado. Para determinar el umbral de exigencia penitenciario, distingo entre deberes de custodia, vinculados con la obligación de vigilar la estadía de los condenados dentro del establecimiento penitenciario, y deberes de resguardo, vinculados con la obligación de garantizar la capacidad jurídica de la población carcelaria y la implementación de medidas igualitarias para disminuir el compromiso delictivo del condenado.

Finalmente, se estudió un conjunto de sentencias para determinar la manera en que la Corte Suprema chilena ha decidido los casos sobre responsabilidad del Estado por falta de servicio en materia carcelaria. Por lo general, la Corte ha decidido sobre la base de los criterios de la prevención, el auxilio adecuado y la protección igualitaria. Si bien la Corte no profundiza sobre el criterio igualitario, se destacan aquellos casos donde resuelve mediante consideraciones igualitarias, en especial, cuando ante eventos dañosos se protege la vida, integridad física, salud y privacidad de la población penal. De esta manera, para determinar la diligencia de la actividad penitenciaria desde una perspectiva igualitaria, resulta indispensable que la Corte evalúe los deberes de custodia y los deberes de resguardo que posee Gendarmería.

Bibliografía

- ANDERSON, Elizabeth (1999): “What is the point of equality?,” en: *Ethics* (Vol. 109, N°2), pp. 287-337.
- ARNESON, Richard (1990): “Liberalism, Distributive Subjectivism, and Equal Opportunity for Welfare”, en: *Philosophy and Public Affairs* (Vol. 19, N°2), pp. 158-194.
- ATIENZA, Manuel (1990): “La argumentación en un caso difícil: la huelga de hambre de los presos del Grapo”, en: *Jueces para la democracia* (N°9), pp. 31-37.
- BENITO, Raquel (2007): “Relación jurídica penitenciaria”, en: *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid* (N°15), pp. 57-90.
- BERGALLI, Roberto (2003): “Las funciones del sistema penal en el estado constitucional de derecho, social y democrático: perspectivas socio-jurídicas”, en: BERGALLI, Roberto (Coord.), *Sistema penal y problemas sociales* (Valencia, Tirant lo Blanch), pp. 25-82.
- BOTTOMS, Anthony (1995): “The Philosophy and Politics of Punishment and Sentencing”, en: CLARKSON, Chris y MORGAN, Rod (Eds.), *The Politics of Sentencing Reform* (Oxford: Clarendon Press).
- CANE, Peter (2014): “Tort Law and Public Functions”, en: OBERDIECK, John (Ed.), *Philosophical Foundations of the Law of Torts* (Oxford: Oxford University Press), pp. 148-168.
- CARNEVALI, Raúl; MALDONADO, Francisco (2013): “El tratamiento penitenciario en Chile. Especial atención a problemas de constitucionalidad”, en: *Ius et Praxis* (Año 19, N°2), pp. 385-418.
- CASTRO, Álvaro; CILLERO, Miguel; MERA, Jorge (2010): *Derechos Fundamentales de los privados de libertad* (Santiago, Ediciones UDP).
- COHEN, Gerald (1995): “Incentives, Inequality, and Community”, en: DARWALL, Stephen (Ed.), *Equal Freedom* (Ann Arbor, University of Michigan Press), pp. 331- 398.
- CORDERO, Eduardo (2009): *El control de jurisdiccionalidad de la administración penitenciaria*. Disponible en: <https://biblio.dpp.cl/datafiles/3741-2.pdf> [visitado el 21/11/2021].
- CORDERO, Luis (2019): *Responsabilidad extracontractual de la administración del Estado*, 2ª ed. (Santiago, DER Ediciones).
- CUNEO, Silvio (2017): *El encarcelamiento masivo. La imposición de los modelos hegemónicos: de Estados Unidos a América Latina* (Buenos Aires, Ediciones Didot).
- DURÁN, Mario (2020): “Derecho penitenciario: delimitación de su concepto, función y contenido desde un modelo teleológico-funcional del fin de la pena”, en: *Revista de Derecho* (Concepción) (N°247), pp. 117-156.
- DWORKIN, Ronald (1981a): “What is Equality? Part 1: Equality of Welfare”, en: *Philosophy and Public Affairs* (Vol. 10, N°3), pp. 185-246.
- DWORKIN, Ronald (1981b): “What is Equality? Part 2: Equality of Resources”, en: *Philosophy and Public Affairs* (Vol. 10, N°4), pp.283-345.
- ESPARZA, Estefanía (2017): *La igualdad como no subordinación. Una propuesta de interpretación constitucional* (Ciudad de México, Tirant Lo Blanch).
- FEIJOO, Bernardo (2014): *La pena como institución jurídica. Retribución y prevención general* (Buenos Aires, Editorial B de f).

- FERRAJOLI, Luigi (1995): *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (Trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Madrid, Editorial Trotta).
- FISS, Owen (1999): “Grupos y la Cláusula de la Igual Protección”, en: GARGARELLA, Roberto, *Derecho y grupos desaventajados* (Barcelona, Editorial Gedisa), pp. 137-167.
- GARCÍA, Ricardo (1992): *Las relaciones de sujeción especial en la Constitución Española* (Madrid, Tecnos).
- GARCÍA-PABLOS, Antonio (1979): “La supuesta función resocializadora del Derecho Penal: utopía, mito y eufemismo”, en: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (Tomo 32, N°3), pp. 645-700.
- GARGARELLA, Roberto (2016): *Castigar al prójimo. Por una refundación democrática del derecho penal* (Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores).
- GUZMÁN, Patricia y RAMBO, Jaime (2019): “La función de la reinserción social y el papel de los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad en Colombia”. Disponible en: <https://doi.org/10.17081/just.24.35.3398> [visitado el 07/12/2020].
- GUZMÁN DÁLBORA, José Luis (1997): “Consideraciones críticas sobre el reglamento penitenciario chileno”, en: BAIGÚN, David, ZAFFARONI, Eugenio, GARCÍA-PABLOS, Antonio y PIERANGELI, José (Eds.), *De las penas. Homenaje al Profesor Isidoro de Benedetti* (Buenos Aires, De Palma), pp. 271-280.
- HORVITZ, María Inés (2018): “La insostenible situación de la ejecución de las penas privativas de libertad: ¿vigencia del Estado de derecho o estado de naturaleza?”, en: *Política Criminal* (Vol. 13, N°26), pp. 904-951.
- HUEPE, Fabián (2018): *Discrecionalidad administrativa y razonabilidad* (Santiago, Thomson Reuters).
- ITURRALDE, Manuel (2007): “La sociología del castigo de David Garland: el control del crimen en las sociedades modernas tardías”, en: GARLAND, David (Ed.): *Crimen y castigo en la modernidad tardía* (Trad. Manuel Iturralde, Siglo del Hombre, Bogotá), pp. 19-122.
- KÜNSEMÜLLER, Carlos (2005): “La judicialización de la ejecución penal”, en: *Revista de Derecho* (Valparaíso) (XXVI), pp. 113-123.
- LAMARCA, Carmen (1992): “Régimen penitenciario y Derechos Fundamentales”, en: *Estudios Penales y Criminológicos* (XVI), pp. 207-248.
- LASAGABASTER, Iñaki (1994): *Las relaciones de sujeción especial* (Madrid, Civitas).
- LETELIER, Raúl (2012): “A modo de presentación. La falta de servicio. Aciertos y desafíos pendientes”, en: LETELIER, Raúl (Coord.): *La falta de servicio* (Santiago, Thomson Reuters), pp. 1-26.
- LORCA, Rocío (2018): “Punishing the Poor and the Limits of Legality”, Disponible en: <https://doi.org/10.1177/1743872118789985> [visitado el 07/12/2020].
- MAÑALICH, Juan Pablo (2011) “El derecho penitenciario entre la ciudadanía y los derechos humanos”, en: *Revista de Derecho y Humanidades* (N°18), pp. 163-178.
- MAÑALICH, Juan Pablo (2005): “Pena y ciudadanía”, en: *Revista de Estudios de la Justicia* (N°6), pp. 63-83.
- MAPELLI, Borja (1983): *Principios fundamentales del Sistema Penitenciario Español* (Barcelona, Bosh).

- MARSHALL, Pablo; ROCHOW, Diego (2018): “El sufragio de las personas privadas de libertad. Un análisis a partir de la sentencia Rol N°87743-16 de la Corte Suprema y sus antecedentes”, en: Revista Chilena de Derecho (Vol. 45, N°1), pp. 233-254.
- MATA Y MARTÍN, Ricardo (2016): Fundamentos del sistema penitenciario (Madrid, Editorial Tecnos).
- NAGEL, Thomas (1991): Equality and Partiality (Nueva York-Oxford, Oxford University Press).
- NAGEL, Thomas (1979): Mortal Question (Cambridge, Cambridge University Press).
- POBLETE, Gustavo (2019): “Bases conceptuales para resarcir los daños causados por la Administración Penitenciaria”, en: VALENZUELA, Jonatan (Dir.), Desafíos Globales para la Democracia (Valencia, Tirant lo Blanch), pp.19-37.
- RAWOSKI, Eric (1991): Equal Justice (New York, Oxford University Press).
- RAWLS, John (1995): Teoría de la justicia (Trad. María Dolores González, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica)
- ROEMER, John (1994): Egalitarian perspectives (Cambridge, Cambridge University Press).
- ROXIN, Claus (1976): Problemas básicos de derecho penal (Trad. Diego Tuzon, Madrid, Editorial Reus).
- SEN, Amartya (1992): Inequality Reexamined (Cambridge, Oxford University Press).
- SOLAR, Puerto (2019): “Consecuencias penitenciarias de la relación de sujeción especial. Por un necesario cambio de paradigma”, en: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (Vol. LXXII), pp. 777-809.
- TELLEZ, Abel (1998): Seguridad y disciplina penitenciaria. Un estudio jurídico (Madrid, Edisofer).
- VALENZUELA, Jonatan (2013): “Incendio en Capuchinos: sobre la cárcel como inequidad”, en: MUÑOZ, Fernando (Ed.), Igualdad, inclusión y derecho (Santiago, LOM Ediciones), pp. 179-191.
- VAN PARIJS, Philippe (1991): “Why Surfers Should be Fed: The Liberal Case for an Unconditional Basic Income”, en: Philosophy and Public Affairs (Vol. 20, N°2), pp. 101-131.
- VON HIRSCH, Andrew (1998): “Penal theories”, en: TONRY, Michael (Ed.), The Handbook of crime of punishment (New York, Oxford University Press), pp. 659-682.
- YOUNG, Iris (1990): Justice and the Politics of Difference (New Jersey, Princeton University Press).
- ZAFFARONI, Raúl (1988): Tratado de derecho penal (Buenos Aires, Editar).

Jurisprudencia citada

- Corte Suprema, rol N°574-2010, 09 de agosto de 2012.
- Corte Suprema, rol N°2618-2012, 28 de diciembre de 2012.
- Corte Suprema, rol N°6530-2015, 14 de septiembre de 2015.
- Corte Suprema, rol N°32.118-2014, 30 de septiembre de 2015.
- Corte Suprema, rol N°4746-2017, 11 de diciembre de 2017.
- Corte Suprema, rol N°55-2018, 25 de febrero de 2019.
- Corte Suprema, rol N°384-2019, 19 de junio 2020 (sentencia de casación).
- Corte Suprema, rol N°384-2019., 19 de junio de 2020 (sentencia de reemplazo).

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C N° 112, 02 de septiembre de 2004.
Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C N° 123, 11 de marzo de 2005.
Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C N° 180, 6 de mayo de 2008.
Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C N° 217,1 de septiembre de 2010.