

LOS TRASLADOS Y EL DERECHO DE SEGURIDAD INDIVIDUAL: HACIA UN ROL GARANTE DE LA JUDICATURA

205

Max Troncoso Moreno¹

“Estoy en un módulo en el que, a diferencia del 33/34/35 y 11 (primeris), se resiste una realidad de matar o morir [...] Un módulo donde hay al menos cinco presos asesinados a manos de otros presos. Un módulo que constantemente está siendo allanado por los carceleros y antimotines, un módulo que controlan los preso y no la autoridad [...] He visto presos apuñalados, quemados con agua hirviendo, a otros que en una oscura escalera por la cual debes pasar por obligación sin saber quien es quien los han golpeado sin dejarlos subir a las celdas. He visto bajar tranquilamente la escalera por la mañana a un preso mientras otro le lanza un cuchillo al cuello” (sic).²

RESUMEN: El completo abandono de la ejecución penal por parte de los tribunales provoca un potencial peligro a los derechos humanos. La voluntad judicial para el control de los actos administrativos de Gendarmería de Chile es escasa. Los acuerdos del pleno de la Excm. Corte Suprema y el alto estándar de corroboración fáctica que se exige al amparado, son reflejo de esto; sin embargo, el juez puede y debe adherir a la faz tutelar de su función y abandonar, definitivamente, la pasiva posición en la protección de derechos humanos.

¹ Abogado; Máster en Derecho Constitucional Penal, Universidad de Jaén. Defensor Penal Penitenciario Licitado de Talca. Correo electrónico: max.troncoso.moreno@gmail.com

² Extracto de carta atribuida a Kevin Garrido, condenado por el caso Bombas, fallecido en Santiago Uno luego de ser apuñalado por otro privado de libertad. Disponible en: https://www.cnnchile.com/pais/la-carta-atribuida-a-preso-asesinado-en-santiago-1-no-es-agradable-ver-que-presos-se-asesinen-entre-si_20181104/ (Consultada el 30 de octubre de 2019).

SUMARIO: Introducción. 1. Acuerdo del pleno la Corte Suprema (AD-1303-2007). 2. Alto estándar de corroboración fáctica para acoger la acción constitucional de amparo por seguridad individual. 3. Hacia un rol tutelar de la judicatura. Conclusiones.

Introducción

206

El escenario de la ejecución penal fue completamente olvidado por nuestro legislador. María Inés Horvitz constata que el Código Procesal Penal contiene una regulación legal bastante estricta para reclamar la tutela jurisdiccional en caso de ilegalidad o abuso en contra de las personas a quienes se les imputa un delito, pero, tratándose de las personas condenadas, la fuente reguladora es de rango reglamentario, infringiéndose el principio de legalidad; los mecanismos jurisdiccionales y administrativos existentes resultan insuficientes para la adecuada protección jurídica de los derechos que no han sido afectados por la pena.³

La persona privada de libertad, en calidad de condenada, ha quedado completamente desprotegida de cualquier afectación a sus derechos fundamentales durante la ejecución de la pena en la legislación penal. Como si no existiera ningún potencial abuso de poder, la persona queda a completa merced de los agentes del Estado custodio.

Surge así, entre la persona y la administración, una relación denominada de sujeción especial, que “*conlleva una subordinación y dependencia total: quienes están privados de libertad dependen de la administración para desarrollar cualquiera de sus facetas vitales, tanto las materiales como las culturales. Esta situación da forma a un contexto de vulnerabilidad en el que los reclusos y las reclusas se ven expuestos al riesgo de ser tratados de manera abusiva y arbitraria.*”⁴

³ HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián. *Derecho Procesal Penal chileno*. Editorial Jurídica de Chile, Tomo II, 2004, Santiago, pp. 585 y ss.

⁴ NASH, Claudio. *Personas Privadas de Libertad y Medidas Disciplinarias en Chile*:

La ausencia de leyes en este tipo de relación de derecho público convierte a la cárcel en un foco de potenciales violaciones a derechos humanos. La constante ilegalidad que permea las cárceles ha provocado que autores como Mapelli sostengan que “*la verdadera utopía del mundo de las cárceles es que las leyes simplemente se lleguen a cumplir*”.⁵

Las fuentes que provocan estas vulneraciones son imposibles de identificar taxativamente, son el producto de una problemática social, política y económica que en este trabajo –duda alguna– pueda ser analizado completamente. Por esto, en lo que sigue pretendo concentrar el análisis en la carencia de tutela judicial durante la ejecución de la pena, una circunstancia práctica que, de manera directa, incide en el origen o, al menos, en la prolongación de este statu quo.

El rol del juez durante la ejecución de la pena constituye un elemento que debe preocuparnos. Basta examinar algunas resoluciones judiciales,⁶ como también el número de acciones constitucionales acogidas por nuestras Cortes,⁷ para constatar que el control judicial

Análisis y propuestas desde una perspectiva de Derechos Humanos. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2013, p. 24.

⁵ MAPELLI CAFFARENA, Borja. “Ejecución y proceso penal”, en AA.VV., *Jornadas sobre sistema penitenciario y derechos humanos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, p. 59.

⁶ Juzgado de Garantía de Curepto, RIT N° 63-2017, sentencia de fecha 13 de septiembre de 2018 que previo a proveer acción de amparo del art. 95 del CPP exige un informe de factibilidad de traslado:

“*A LO PRINCIPAL, PRIMER Y SEGUNDO OTROSÍ: Téngase por presentado el amparo de conformidad artículo 95 del Código Procesal Penal, para proveer, solicite informe de factibilidad del Traslado al penal de Linares del Condenado Isaac Andrés Fuentes Reyes, cédula de identidad N° 16.793.234-7, al Director Regional de Gendarmería. Oficiese acompañando la solicitud del defensor Penal Penitenciario para un mejor entendimiento*”.

⁷ A modo de ejemplo, hasta el 28 de septiembre del año 2018, en la Corte de Apelaciones de Talca se habían presentado 26 acciones constitucionales en contra de Gendarmería de Chile. Solo 3 fueron acogidas, y en otras 2 se declaró la incompetencia. Un análisis a las sentencias pronunciadas entre el 1 de enero y el 30 de junio del año 2019, refleja una agudización del criterio: todas las acciones hasta esa fecha habían sido rechazadas.

de los derechos fundamentales de las personas condenadas a privación de libertad es tímido y, en ocasiones, inoficioso.

Se mantienen viejos resabios de la justicia criminal en el juez contemporáneo. Urge la reconstrucción de la judicatura; sin embargo, la práctica demuestra que el problema no tiene forma de término. El rol de tutela de derechos humanos que le asiste al juez es inexistente; ante la ausencia de ley y, por consiguiente, la figura de un juez a cargo, la tutela de estos derechos ha quedado relegada a un segundo plano.

La ejecución de la pena y su inherente afectación de derechos humanos no alcanzan la atención de nadie, carecen de un desarrollo acabado en la jurisprudencia y la literatura.

Los acuerdos del pleno de la Corte Suprema de los años 2007 y 2019, y el alto estándar de corroboración fáctica para acoger acciones constitucionales de amparo, son la manifestación de la escasa voluntad judicial en materia de resguardo a los derechos humanos de quienes se encuentran privados de libertad.

Un sistema jurídico moderno (constitucionalizado) asigna a la jurisdicción ya no solo una faz resolutoria de litigios (adjudicatoria), sino también un rol tutelar que la obliga a proteger y hacer efectivos los derechos fundamentales y garantías de los intervinientes en el proceso. Tal situación, señala Cerda, se explica por la doble faz de la judicatura, en cuanto destinataria de tales prerrogativas, y principal garante de las mismas.⁸

⁸ CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo. “El rol del juez en el proceso penal como garante del debido proceso”, en *Revista de la Justicia Penal*, N° 9, Librotecnia, Santiago, octubre 2013, pp. 68-69.

1. Acuerdo del pleno la Corte Suprema (AD-1303-2007)

El 14 de diciembre de 2007, la Excma. Corte Suprema instruyó “a los Tribunales de Garantía, de Juicio Oral en lo Penal, de Letras con competencia en Garantía y del Crimen del país que se abstengan disponer el ingreso de imputados a un centro penitenciario determinado, labor que corresponde a Gendarmería de Chile precisar e informar al Tribunal, debiendo reservar esta decisión sólo a casos excepcionales y por motivos fundados que deben ser explicitados en la resolución del respectivo tribunal, coordinándose previamente con Gendarmería para su cumplimiento”.

La instrucción de nuestro máximo tribunal claramente contraviene normas constitucionales y orgánicas que obligan a la judicatura a lo contrario.⁹ En la práctica, se ha convertido en la justificación inmediata para la abstención judicial en materia de traslados.

El art. 28 del Decreto N° 518 faculta a Gendarmería de Chile para trasladar a quienes se encuentren en su custodia, pero no de manera discrecional. Se previene una serie de elementos de validez del acto administrativo, es más, se estructura un procedimiento que garantiza a la persona la revisión de los antecedentes que motivaron el traslado.

Cualquier acto de la autoridad que infrinja el marco reglamentario, puede y, sobre todo en materia penitenciaria, debe ser conocido por los tribunales en cumplimiento del mandato constitucional del art. 76; tratándose de las personas privadas de libertad, el art. 14 f) del Código Orgánico de Tribunales asigna al juez de garantía la labor de hacer ejecutar las penas, y resolver las solicitudes y reclamos relativos a dicha ejecución. Coherentemente, el art. 466 del CPP reitera la competencia de estos tribunales; además, el inc. final reconoce como garantía jurisdiccional, en favor de la persona privada de libertad, la posibilidad de recurrir ante el juez de garantía para ejercer durante la ejecución de la pena todos los derechos y facultades que la normativa

⁹ Arts. 76 y 21 de la CPR; Art. 14 del COT.

penal y penitenciaria le otorgaren; sin embargo, el control judicial en materia penitenciaria pareciera no convocar a nuestros jueces.

Las personas privadas de libertad se encuentran en completo abandono en la protección de sus derechos fundamentales. El propio presidente de la Excma. Corte Suprema, en discurso del año 2019, indicó que las circunstancias en que se encuentran estas personas son inaceptables, “*constituyen una clara barrera a un pleno acceso a la justicia que les permita el legítimo ejercicio de los derechos que la Constitución y el Derecho Internacional humanitario les reconocen*”.¹⁰

Más allá de las acertadas palabras del presidente de nuestro máximo tribunal, el ánimo judicial no varía. El 24 de julio del 2019, nuevamente el pleno de la Excma. Corte Suprema acuerda reiterar a los Tribunales de Garantía, de Juicio Oral en lo Penal, de Letras con competencia en Garantía y del Crimen del país que deben abstenerse de conocer cuestiones referidas a los traslados, por ser una facultad de Gendarmería de Chile. Preocupa, además, que este acuerdo se haya adoptado a solicitud del propio órgano custodio. Por otra parte, la instrucción resulta completamente contraria al rol de control de derechos humanos durante la ejecución penal que la Constitución y la ley han asignado a los jueces.

Sin lugar a dudas que este acuerdo de la Excma. Corte Suprema puede acarrear sanciones internacionales al Estado chileno, más cuando la Corte INDH le ha instruido anteriormente que la separación de personas privadas de la libertad de sus familias de forma injustificada implica una afectación al artículo 17.1:

“las visitas a las personas privadas de libertad por parte de sus familiares constituyen un elemento fundamental del derecho a la protección de la familia tanto

¹⁰ PRESIDENCIA CORTE SUPREMA, Cuenta Pública 2019 Discurso del presidente de la Corte Suprema de Justicia, don Haroldo Brito Cruz; jueves 21 de Marzo de 2019. Disponible en: <https://www.diariooficial.interior.gob.cl/publicaciones/2019/03/21/42310/01/1562973.pdf> (Consultado el 11 de noviembre de 2019).

*de la persona privada de libertad como de sus familiares, no solo por representar una oportunidad de contacto con el mundo exterior, sino porque el apoyo de los familiares hacia las personas privadas de libertad durante la ejecución de su condena es fundamental en muchos aspectos, que van desde lo afectivo y emocional hasta el apoyo económico. Por lo tanto, los Estados, como garantes de los derechos de las personas sujetas a su custodia, tienen la obligación de adoptar las medidas más convenientes para facilitar y hacer efectivo el contacto entre las personas privadas de libertad y sus familiares”.*¹¹

Este criterio convencional ha sido nuevamente reproducido por la Corte en sentencia pronunciada en el caso López y otros vs Argentina:

*“Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte considera que la disposición del artículo 5.6 de que “las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”, aplicada al presente caso, resulta en el derecho de la persona privada de libertad y la consecuente obligación del Estado de garantizar el máximo contacto posible con su familia, sus representantes y el mundo exterior. No se trata de un derecho absoluto, pero en la decisión administrativa o judicial que establece el local de cumplimiento de pena o el traslado de la persona privada de libertad, es necesario tener en consideración, entre otros factores, que: i) la pena debe tener como objetivo principal la readaptación o reintegración del interno; ii) el contacto con la familia y el mundo exterior es fundamental en la rehabilitación social de personas privadas de libertad. Lo anterior incluye el derecho a recibir visitas de familiares y representantes legales; iii) la restricción a las visitas puede tener efectos en la integridad personal de la persona privada de libertad y de sus familias; iv) la separación de personas privadas de la libertad de sus familias de forma injustificada, implica una afectación al artículo 17.1 de la Convención y eventualmente también al artículo 11.2; v) en caso de que la transferencia no haya sido solicitada por la persona privada de libertad, se debe, en la medida de lo posible, consultar a éste sobre cada traslado de una prisión a otra, y permitirle oponerse a dicha decisión administrativa y, si fuera el caso, judicialmente”.*¹²

¹¹ Sentencia de 29 de mayo de 2014, caso Norín Catrimán y otros vs Chile, párrafo 407.

¹² Sentencia de 25 de noviembre de 2019, párrafo 118.

Al parecer y, como sostiene Bovino, el carente control judicial no radica en la ausencia de regla positiva que ponga límites a la injerencia estatal sobre los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad, por el contrario, es la práctica jurídica la que no logra hacerlo.¹³ Los acuerdos de plenos de nuestro máximo tribunal son el reflejo de viejos resabios penitenciarios que devalúan los derechos fundamentales de las personas privadas de su libertad.¹⁴

2. Alto estándar de corroboración fáctica para acoger la acción constitucional de amparo por seguridad individual¹⁵

El carente control de los actos de Gendarmería de Chile permea no solo a los jueces penales, sino también a nuestras Cortes. Existe también, por parte de estos jueces, una resistencia al control del poder administrativo del agente custodio; salvo cuestiones excepcionales y vinculadas estrictamente con determinados derechos penitenciarios —como la libertad condicional—, lo que sucede en el mundo carcelario se desarrolla con prescindencia de la intervención de la judicatura, desatendiendo nuevamente el rol de tutela de derechos humanos.

Si bien, el art. 21 de la CPR establece el hábeas corpus como acción protectora del derecho a la libertad personal y seguridad individual, la ausencia de un procedimiento provoca que, en la práctica, la resolución del conflicto se realice conforme reglas generales previstas

¹³ BOVINO, Alberto, “Control judicial de la privación de libertad y derechos humanos”, en *Revista Jurídica*, N° 17, 2004, pp. 1-23.

¹⁴ Ver CESANO, José Daniel, “Las expectativas respecto del control jurisdiccional”, en *Teoría y práctica de los derechos fundamentales en las prisiones*, B de F, Buenos Aires, 2018, pp. 81-107.

¹⁵ Véase TRONCOSO MORENO, Max. “Consideraciones sobre el objeto y carga de la prueba en el proceso constitucional del hábeas corpus por vulneración a la integridad personal de las personas privadas de libertad que cumplen condena”, en *Reflexiones sobre la prueba judicial en Homenaje al Profesor Manuel Miranda Estrampes*, Librotecnia, Santiago, 2019, primera edición, pp. 325-338.

para la protección de bienes jurídicos que no necesariamente afectan derechos fundamentales.

Atendidos los derechos fundamentales que garantiza es que el proceso constitucional previsto para este tipo de acciones no puede menos que construirse bajo un umbral distinto al que normalmente la judicatura transita. Debe preferirse un procedimiento especial, de carácter preferente, breve, sumario e informal, en que la interpretación judicial siempre deberá ser *pro cives*, o *favor libertatis*, como exige la hermenéutica de los derechos fundamentales.¹⁶

El procedimiento constitucional de la acción de amparo, que en la práctica se aplica, es completamente anacrónico. Existe una insistencia por parte de los tribunales de construir un proceso basado en principios y reglas meramente civiles; la prueba y la fundamentación de las sentencias son el reflejo de esto.

La jurisprudencia observa una carente motivación judicial; el análisis de los elementos fácticos es escaso. El orden probatorio que se aplica sigue siendo el previsto en materia civil; en este sentido, corresponderá al amparado acreditar la lesión del derecho, cuestión que, debido a la sujeción total de la persona con el Estado, deja en una posición de desigualdad y, en la mayoría de los casos, imposibilita la debida protección del derecho fundamental afectado.

El elemento principal que caracteriza la privación de libertad es “*su sometimiento a un poder administrativo más intenso que el que se ejerce sobre el común de la ciudadanía*”.¹⁷ De allí que, el procedimiento constitucional del hábeas corpus no puede menos que construirse bajo principios y reglas coherentes con la imposibilidad probatoria en que se encuentra la persona. Creo que resulta indispensable que dicho

¹⁶ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “El hábeas corpus o recurso de amparo en Chile”, en *Revista de Estudios Políticos*, N° 102, octubre-diciembre 1998, p. 203.

¹⁷ NASH, Claudio, ob. cit., p. 24.

procedimiento se estructure mediante una regla de prueba distinta, de mayor carga para Gendarmería de Chile; finalmente es este órgano el que, en la relación penitenciaria, se encuentra en una posición fáctica para la recopilación y producción de la prueba.

En un Estado Constitucional de Derecho no es aceptable que nuestros tribunales rechacen acciones de amparo fundados en la regla civil de carga probatoria. En ocasiones, a pesar de existir prueba que acredite las lesiones sufridas por parte de la persona, los tribunales exigen que ésta logre acreditar que fueron provocadas por el agente estatal;¹⁸ insisto, la posibilidad de fracaso de la acción dentro de esa dinámica probatoria es más que probable.

¹⁸ Iltma. Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N° 254-2016, sentencia de fecha 2 de septiembre de 2016:

“Que, de los antecedentes que se han agregado a estos autos, aparece que:

a) El día 11 de agosto último, se produjo una riña en el comedor del módulo 41, entre 3 internos, uno de los cuales es el recurrente, la que se prolongó hasta el patio y luego hasta la guardia interna, debiendo intervenir funcionarios de Gendarmería para reducir a los intervinientes, resultando a consecuencias de la misma lesionado el amparado y el Capitán Vega de Gendarmería.

b) Hasta la fecha no se encuentra claramente establecido que funcionarios de Gendarmería hayan tenido alguna participación en las lesiones de Silva Guevara denunciadas a través del presente recurso.

c) Que Gendarmería denunció al Ministerio Público, las lesiones que se causaron a Silva Guevara, y también los posibles apremios ilegítimos de que éste habría sido objeto.

d) Que Gendarmería dispuso una investigación interna a cargo del Mayor Leonardo Neira Ríos, para esclarecer los hechos referidos en la letra a), la que se encuentra concluida, y, en lo que interesa, determinó que no se logra comprobar el uso racional o excesivo de fuerza de parte de funcionarios de la institución y que hubo responsabilidad administrativa del Capitán Vega por la conducción operativa y administrativa del procedimiento, y del Teniente 2° Aquiles Castillo por no tener cámara fiscal GOPRO operativa durante su servicio. Esta investigación se remitió al Ministerio Público.

e) Que, sin perjuicio de lo anterior, se dispuso por la misma Institución, la instrucción de un Sumario Administrativo con el objeto de investigar la veracidad de los hechos y establecer y hacer efectiva la eventual responsabilidad administrativa derivada de la denuncia efectuada por el amparado, designándose como Fiscal a la teniente coronel doña Angélica Briones Castillo, el que se encuentra pendiente.

6. Que, como se observa la recurrida arbitró todas las medidas que legal y reglamentaria-

La Corte IDH ha sostenido que:

*“el Estado es responsable, en su condición de garante de los derechos consagrados en la Convención de la observancia del derecho a la integridad personal de todo individuo que se halla bajo su custodia. En consecuencia, existe la presunción de considerar responsables al Estado por las torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes que exhibe una persona que ha estado bajo la custodia de agentes estatales, si las autoridades no han realizado una investigación seria [sic] de los hechos seguida del procesamiento de los que aparezca como responsable de tales conductas. En dicho supuesto, recae en el Estado la obligación de prever una explicación satisfactoria y convincente de lo sucedido y desvirtuar las alegaciones sobre su responsabilidad, mediante elementos probatorios adecuados”.*¹⁹

El sistema probatorio que se propone por la Corte IDH es especial; la carga de probar recae en el agente de Estado, no en la persona privada de libertad.

La prueba en el procedimiento constitucional de amparo no puede agravar a la persona. Gendarmería de Chile es el agente de

mente le correspondían en el caso de autos, por lo que no existen antecedentes para sostener que se haya separado del ejercicio de las funciones que le son propias, incurriendo en actos contrarios a la ley o incluso de carácter delictivo como lo sugiere la recurrente.

7. Que en consecuencia, no aparece que Gendarmería de Chile conculque actualmente la libertad personal o seguridad individual del amparado.

8. Que, sin perjuicio de lo que se viene diciendo, es necesario que Gendarmería de Chile revise sus protocolos de acción frente a agresiones de internos por parte de sus custodios o de otros internos, para asegurar que de inmediato los agredidos sean puestos a disposición de facultativos que constaten su estado de salud.

Asimismo, deberá arbitrar las medidas para evitar que en casos de riña como el de autos, se enfrente un interno con medida de seguridad con otro (s) que no la tenga.

Por estas consideraciones, normas legales citadas y de conformidad, además, con lo previsto en el artículo 21 de la Constitución Política de la República y en el Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema sobre Tramitación del Recurso de Amparo, se declara que:

SE RECHAZA, sin costas, el deducido en lo principal de fojas 10 por doña Allison Vergara Saavedra a favor de don Mario Andrés Silva Guevara, interno del Centro de Cumplimiento Penitenciario de Biobío, en contra de Gendarmería de Chile”

¹⁹ Corte IDH. Caso Baldeón García vs. Perú. Sentencia de 6 de abril de 2006, párr. 120.

Estado obligado a tutelar los derechos de las personas bajo su custodia, es responsable de toda vulneración a los derechos humanos que al interior de las cárceles se provoque, salvo que logre acreditar que la fuente de origen estuvo fuera de la esfera de resguardo que la ley le impone, estando impedido, razonablemente, de haber evitado la producción de ésta.

Así como la legislación nacional prescribe un sistema de prueba especial en materia de tutela laboral, convencionalmente se estructura uno en que considerando la real situación fáctica en que se encuentra la persona con la prueba, libera a ésta de acreditar sus alegaciones. Corresponderá al Estado, entonces, por medio de Gendarmería de Chile, acreditar su diligencia o falta de responsabilidad en la vulneración del derecho.

Devis Echandía señala que la teoría general de la prueba se construye en base a principios como la igualdad de oportunidades para la prueba, entendiendo por tal no solo su sentido obvio, esto es, que las partes dispongan de idénticas oportunidades para presentar o pedir la práctica de prueba, sino también considera las desigualdades reales.²⁰ Cualquier igualdad formal que se pretenda justificar en este tipo de procedimiento ignora grandes desniveles existentes en cuanto a posibilidades reales de probar; por tanto, se sostiene en una verdadera ficción y, por ello, resulta absurda. El principio de la igualdad de oportunidades adhiere a una verdadera igualdad material, esto significa que necesariamente se atiende a las condiciones reales de vida, despojándose del concepto ya superado de la igualdad formal.

Entonces, si pretendemos dar operatividad a la garantía del hábeas corpus, es necesario abandonar criterios doctrinarios abstractos por uno práctico, es decir, comprender que el procedimiento de amparo es un control de actos de la administración que —desde una regla de

²⁰ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial*. Zavalía Editor, Buenos Aires, Tomo I, p. 124.

inferencia de la realidad penitenciaria— es probable que vulneren la integridad personal de quien se encuentra bajo su sujeción total. La inferencia base (vulneración a la integridad personal) es un hecho presunto que solo Gendarmería de Chile puede y debe derrotar durante el procedimiento.

3. Hacia un rol tutelar de la judicatura

Marina Gascón afirma que *“del poder hay que esperar siempre un potencial abuso que es preciso neutralizar haciendo del derecho un sistema de garantías, de límites y vínculos al poder para la tutela de derecho”*.²¹

El poder soberano en la relación penitenciaria es inmenso, pero no lo puede todo, *“está unido a derechos humanos que son anteriores a toda forma histórica concreta que adopten la sociedad y el Estado. Por lo tanto, las políticas públicas del Estado no pueden ser neutrales respecto a esos valores primarios, y en el caso del régimen penitenciario ello demanda políticas y prácticas que garanticen las condiciones humanas de las personas que viven privadas de libertad.”*²²

En el escenario de la ejecución penal el juez funge como la última contención al poder. A estas alturas del desarrollo de la civilización, las teorías subjetivas y objetivas elaboradas en los siglos XIX y XX que, sin perjuicio de las variaciones interpretativas, atribuyen a la jurisdicción principalmente una función resolutoria de litis o adjudicataria de derechos, debe ser abandonada por la cultura jurídica. La jurisdicción ya no solo comprende ese *“poder-deber que tienen los tribunales para conocer y resolver por medio del proceso y con efectos de cosa juzgada*

²¹ GASCÓN ABELLÁN, Marina. “La teoría general del garantismo a propósito de la obra de L. Ferrajoli “Derecho y Razón”, en *Jurídica*. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, 2001.

²² GANGA CONTRERAS, Francisco y VALDIVIESO FERNÁNDEZ, Patricio, “Rol del Estado frente al tema de cárcel y los derechos humanos como construcciones culturales”, en *Polis, Revista Latinoamericana*, volumen 14, N° 41, 2015, pp. 398 y 3099.

los conflictos de intereses de relevancia jurídica que se promueven en el orden temporal, dentro del territorio de la República y en cuya solución les corresponde intervenir".²³ Como bien señala el profesor Bordalí, tal concepción es inexacta a estas alturas de la evolución dogmática procesal. La función judicial, en muchas actuaciones, no presupone precisamente un conflicto de intereses, es más, y a modo de ejemplo, en el campo penal, el conflicto intersubjetivo de intereses es inexistente.²⁴

Es necesario asentar que la función de los jueces no solo consiste en resolver conflictos o pretensiones confrontadas de relevancia jurídica en el orden temporal. La constitucionalización del ordenamiento jurídico ha provocado, en la teoría política, un cambio de paradigma que influye consistentemente en la función de la judicatura, ampliando su ejercicio hacia un rol tutelar de derechos fundamentales. Bacigalupo ha expresado que el juez "*no está vinculado sólo a la ley y a la Constitución, sino también a los valores fundamentales que forman parte del orden jurídico y que la Constitución sólo enuncia*".²⁵

La concepción paleopositivista de la jurisdicción, como función resolutoria de litis ha perdido validez; el rol de los jueces no se supedita tan solo a la aplicación de la ley a fin de resolver controversias, sino, además, se extiende a un fin mayor: tutelar derechos humanos.

La garantía fundamental que establece la jurisdicción, en el concierto de los poderes del Estado, es precisamente considerar la protección suprema de los derechos fundamentales que esa atribución significa. La función esencial de la *jurisdictio* no se limita a la de aplicar el orden jurídico preestablecido, sino, por el contrario, requiere tomar

²³ COLOMBO, Juan. *La Competencia*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, p. 45.

²⁴ BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, "Organización Judicial en el Derecho chileno: un poder fragmentado", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 36, N° 2, 2009, pp. 215-244.

²⁵ BACIGALUPO, Enrique. *Principios constitucionales de derecho penal*. Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 124.

el valor y respeto que esas normas ponderan al conjuro de un cuerpo jurídico superior, es decir, la Constitución.²⁶

Los jueces ordinarios tienen encomendada la activación del control de constitucionalidad, independientemente que dicha labor se encuentre encargada al Tribunal Constitucional, es más, tienen a su cargo el control difuso de convencionalidad. Los jueces, previa y coetáneamente a su función de resolver contiendas (resolución de litis), deben tutelar los derechos fundamentales garantizados en la Constitución, y consecuentemente, los valores y principios en que ésta se sustenta.

El juez contemporáneo tiene asignados roles que se apartan de las rigideces de la concepción tradicional de la jurisdicción. Debe mantener su función de aplicador de ley, alejado y libre de influjos de la comunidad en que vive, pero, por otro lado, a través de la concepción del conflicto social, debe sensibilizar a las reivindicaciones de los más débiles, convirtiéndose en *instancia* de éstos frente a las clases privilegiadas y al poder, siempre arbitrario y opresor.²⁷

Este rol tutelar, desde una perspectiva tradicional, no es más que el ejercicio de la función conservadora de los tribunales, es decir, la de “*velar por que todos los poderes públicos actúen dentro de la órbita de sus atribuciones; y, en especial, de velar por que las garantías individuales consagradas en la Constitución sean respetadas*”.²⁸

Sistémicamente, esta función tutelar (conservadora) ha de ser reconocida en las siguientes disposiciones:

²⁶ GONZAÍNI, Osvaldo Alfredo, “Funciones del Juez en los Procesos Constitucionales”, en *El juez constitucional en el siglo XXI*, Tomo I, Universidad Nacional Autónoma de México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2009, p. 532.

²⁷ Ruiz Pérez, citado por GONZAÍNI, Osvaldo Alfredo, ob. cit. p. 534.

²⁸ CASARINO, Mario. *Manual de Derecho Procesal*. Ed. Jurídicas de Chile, Santiago, 1992, Tomo I, p. 63.

i. Art. 21 de la CPR: “El mismo recurso, y en igual forma, podrá ser deducido en favor de toda persona que ilegalmente sufra cualquiera otra privación, perturbación o amenaza en su derecho a la libertad personal y seguridad individual.” (inc. 3°).

ii. Art. 14 del COT: “Corresponderá a los jueces de garantía:
a) Asegurar los derechos del imputado y demás intervinientes en el proceso penal, de acuerdo a la ley procesal penal” (inc. 2°, letra a).

iii. Art. 10 del CPP: “Cautela de garantías. En cualquiera etapa del procedimiento en que el juez de garantía estimare que el imputado no está en condiciones de ejercer los derechos que le otorgan las garantías judiciales consagradas en la Constitución Política, en las leyes o en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, adoptará, de oficio o a petición de parte, las medidas necesarias para permitir dicho ejercicio.” (inc. 1°).

iv. Art. 95 del CPP: “Amparo ante el juez de garantía. Toda persona privada de libertad tendrá derecho a ser conducida sin demora ante un juez de garantía, con el objeto de que examine la legalidad de su privación de libertad y, en todo caso, para que examine las condiciones en que se encontrare, constituyéndose, si fuere necesario, en el lugar en que ella estuviere. El juez podrá ordenar la libertad del afectado o adoptar las medidas que fueren procedentes.” (inc. 1°).

v. Control de la detención: Como bien refiere el profesor Cerda San Martín, se denomina así, en la práctica, “*a la primera audiencia judicial del detenido ante el juez que ordenó su detención imputativa, o en los casos de detención por flagrancia y las que han sido ordenadas por funcionarios públicos distintos, ante el JG competente.*”²⁹

En este orden, ha de concluirse que el diseño legal de la judicatura es el contrario al que ésta adhiere. La dignidad como derecho

²⁹ CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo, *Manual del sistema de justicia penal*. Santiago, Librotecnia Editores, 2009, p. 199.

inherente al ser humano sitúa al juez como límite del poder soberano y, en él, deposita la confianza de cuidado de todos los demás derechos humanos.

Conclusiones

De las numerosas sentencias que rechazan acciones constitucionales de amparo es posible visualizar que el rol tutelar de los jueces es pasivo. La adhesión por parte del Poder Judicial a un activismo en materia de derechos humanos es mínima. Reflejo de esto son los acuerdos del pleno de la Excm. Corte Suprema que debilitan el activismo tutelar de la judicatura.

El rol tutelar del juez es la herramienta práctica para controlar los excesos que envuelve el poder. Desde el diseño constitucional –incluyendo en él, por cierto, el interamericano– la judicatura surge como el último límite democrático a los abusos que el Estado inflige a las personas, máxime tratándose de las privadas de su libertad.

El juez, asumiendo una posición política de desconfianza a la autoridad penitenciaria o, al menos, de falibilidad de sus funcionarios, debe adherir a la idea de un control activo de los derechos humanos; al margen de la faz adjudicataria, el rol que sistemáticamente se le ha entregado es el de garante de estos derechos.

Bibliografía

BACIGALUPO, ENRIQUE. *Principios constitucionales de derecho penal*. Hammurabi, Buenos Aires, 1999.

BORDALÍ SALAMANCA, ANDRÉS, “Organización Judicial en el Derecho chileno: un poder fragmentado”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 36, N° 2, 2009.

BOVINO, ALBERTO, “Control judicial de la privación de libertad y derechos humanos”, en *Revista Jurídica*, N° 17, 2004.

- CASARINO, MARIO. *Manual de Derecho Procesal*. Ed. Jurídicas de Chile, Santiago, 1992, Tomo I, p. 63.
- CERDA SAN MARTÍN, RODRIGO. *Manual del sistema de justicia penal*. Santiago, Librotecnia Editores, 2009.
- CERDA SAN MARTÍN, RODRIGO. “El rol del juez en el proceso penal como garante del debido proceso”, en *Revista de la Justicia Penal*, N° 9, Librotecnia, Santiago, octubre 2013.
- CESANO, JOSÉ DANIEL, “Las expectativas respecto del control jurisdiccional”, en *Teoría y práctica de los derechos fundamentales en las prisiones*, B de F Buenos Aires, 2018.
- COLOMBO, JUAN. *La Competencia*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004.
- DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO. *Teoría General de la Prueba Judicial*. Zavalía Editor, Buenos Aires, Tomo I, 1981.
- GASCÓN ABELLÁN, MARINA. “La teoría general del garantismo a propósito de la obra de L. Ferrajoli “Derecho y Razón”, en *Jurídica*. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, 2001.
- GANGA CONTRERAS, FRANCISCO y VALDIVIESO FERNÁNDEZ, PATRICIO, “Rol del Estado frente al tema de cárcel y los derechos humanos como construcciones culturales”, en *Polis*, Revista Latinoamericana, volumen 14, N° 41, 2015.
- GONZAÍNI, OSVALDO ALFREDO, “Funciones del Juez en los Procesos Constitucionales”, en *El juez constitucional en el siglo XXI*, Tomo I, Universidad Nacional Autónoma de México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2009.
- HORVITZ LENNON, MARÍA INÉS y LÓPEZ MASLE, JULIÁN. *Derecho procesal penal chileno*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Tomo II, 2004.
- MAPELLI CAFFARENA, BORJA. “Ejecución y proceso penal”, en *AA.VV., Jornadas sobre sistema penitenciario y derechos humanos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997.
- NASH, CLAUDIO. *Personas Privadas de Libertad y Medidas Disciplinarias en Chile: Análisis y propuestas desde una perspectiva de Derechos Humanos*.

Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2013.

NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO. “El hábeas corpus o recurso de amparo en Chile”, en *Revista de Estudios Políticos*, N° 102, octubre-diciembre 1998.

TRONCOSO MORENO, Max. “Consideraciones sobre el objeto y carga de la prueba en el proceso constitucional del hábeas corpus por vulneración a la integridad personal de las personas privadas de libertad que cumplen condena”, en *Reflexiones sobre la prueba judicial en Homenaje al Profesor Manuel Miranda Estrampes*, Librotecnia, Santiago, 2019.

