



UNIVERSIDAD DE CHILE
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Procesal

**“LAS PENAS SUSTITUTIVAS DE LAS PENAS PRIVATIVAS O
RESTRICTIVAS DE LIBERTAD DEL ADULTO.
La Deuda Procesal Pendiente de la Ley N° 20.603”**

**Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y
Sociales.**

ESAÚ JOCSÁN SERRANO VIDAL

PROFESOR GUÍA: CAROLA ANDREA CANELO FIGUEROA

Santiago de Chile,

2015.-

DEDICATORIA

Quisiera dedicar el presente trabajo a mi familia, novia, amigos y a todos quienes me apoyaron durante todos estos años de estudio. Sin su comprensión y ayuda nada de esto hubiera sido posible.

AGRADECIMIENTOS

El presente trabajo no hubiera sido posible sin la colaboración de determinadas personas. Es por ello, que deseo agradecer de manera especial al profesor José Benito Ojeda Merino, quien colaboró de manera desinteresada en el desarrollo de esta investigación. De igual manera, mis más sinceros agradecimientos a mi profesora guía, doña Carola Canelo Figueroa, por su constante ayuda, sin la cual no hubiera sido posible finalizar el presente trabajo.

Finalmente, no puedo dejar de agradecer a Dios, por su ayuda y por permitirme finalizar una etapa importante en mi vida.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	7
CAPÍTULO I	
PERSPECTIVAS DEL DERECHO EJECUTIVO PENAL.....	18
1. RELACIÓN DEL DERECHO EJECUTIVO PENAL CON EL DERECHO PENITENCIARIO.....	20
2. NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO EJECUTIVO PENAL.....	25
2.1. Derecho ejecutivo penal como parte del derecho penal material.....	27
2.2. Derecho ejecutivo penal como parte del derecho administrativo.....	34
2.3. Derecho ejecutivo penal como parte del derecho procesal penal.....	42
3. APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS PROCESALES EN EL DERECHO EJECUTIVO PENAL.....	47
CAPÍTULO II	
DE LAS MEDIDAS ALTERNATIVAS A LAS PENAS SUSTITUTIVAS DE LAS PENAS PRIVATIVAS O RESTRICTIVAS DE LIBERTAD.....	58
1. PRINCIPIOS RECTORES DE LA LEY N° 20.603.....	62
2. PENAS CONTENIDAS EN LA MODIFICADA LEY N° 18.216.....	68
2.1. Penas sustitutivas tradicionales.....	70
a. Remisión Condicional.....	70
b. Reclusión parcial.....	74
c. Libertad vigilada simple.....	77
2.2. Penas sustitutivas introducidas por la Ley N° 20.603.....	82
a. Libertad vigilada intensiva.....	83
b. Prestación de servicios en beneficio de la comunidad.....	85
c. Expulsión de extranjeros no residentes legalmente en el país.....	89
2.3. Situación especial de la pena mixta.....	94
a. De las penas sustitutivas más gravosas a penas menos gravosas.....	96
b. De las penas privativas o restrictivas de libertad a la pena de libertad vigilada.....	99
3. ANÁLISIS CRÍTICO DE LOS REQUISITOS DE PROCEDENCIA DE LAS PENAS SUSTITUTIVAS BAJO LA LEY N° 20.603.....	103

CAPÍTULO III	
EL SISTEMA RECURSAL EN EL DERECHO EJECUTIVO PENAL Y PARTICULARMENTE EN LA LEY N° 18.216.	
	114
1.	MEDIOS DE IMPUGNACIÓN EN LA LEY N° 18.216.....
	114
1.1.	Situación anterior a la modificación introducida por la Ley N° 20.603.
	116
1.2.	Situación posterior a la modificación introducida por la Ley N° 20.603. ...
	124
2.	LA APELACIÓN COMO MEDIO DE IMPUGNACIÓN EN LA LEY N° 18.216.....
	127
2.1.	Generalidades.....
	127
2.2.	Rol de la apelación en el nuevo sistema recursal penal.
	129
2.3.	Argumentos a favor de la apelación como recurso efectivo respecto a las resoluciones que se pronuncian en relación a las penas sustitutivas.....
	132
3.	LA NULIDAD COMO MEDIO DE IMPUGNACIÓN EN LA LEY N° 18.216.
	141
3.1.	Generalidades.....
	141
3.2.	Rol de la nulidad en el nuevo sistema recursal penal.
	142
3.3.	Argumentos a favor de la nulidad como recurso efectivo respecto a las resoluciones que se pronuncian en relación a las penas sustitutivas.....
	145
4.	ANÁLISIS CRÍTICO DEL MECANISMO DE IMPUGNACIÓN ESTABLECIDO EN LA LEY N° 20.603 A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS QUE INSPIRAN EL RÉGIMEN DE RECURSOS DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL.....
	153
CAPÍTULO IV	
LA EJECUCIÓN DE LAS PENAS SUSTITUTIVAS DE LAS PENAS PRIVATIVAS O RESTRICTIVAS DE LIBERTAD.....	
	165
1.	REGULACIÓN NORMATIVA DE LA EJECUCIÓN.....
	166
1.1.	Estado actual del derecho de ejecución penal.....
	166
1.2.	Necesidad de una Ley General de Ejecución de Penas.
	168
2.	CONTROL ADMINISTRATIVO DE LA EJECUCIÓN DE PENAS SUSTITUTIVAS.
	175
2.1.	Funcionamiento operativo del sistema de ejecución de las penas sustitutivas.
	175
2.2.	El monitoreo telemático.....
	180
a.	Antecedentes históricos.....
	180
b.	Aplicación en Chile y problemas de implementación.....
	183

3. JURISDICCIONALIDAD DE LA EJECUCIÓN DE PENAS.....	193
3.1. El juez de garantía como Tribunal de control de ejecución de penas.....	195
3.2. Necesidad de un juez de ejecución de penas especializado.....	201
3.3. Experiencia en el derecho comparado.	206
CONCLUSIÓN.....	208
BIBLIOGRAFÍA	214

INTRODUCCIÓN

La ejecución de las sentencias condenatorias penales ha sido, principalmente en lo relativo a la imposición de penas privativas o restrictivas de libertad, objeto de múltiples trabajos doctrinarios, lo que sin duda se explica a partir de la situación de mayor fragilidad en la que se encuentra el condenado a tales medidas punitivas.

Esto, sin embargo, no significa que la situación del condenado a las llamadas penas sustitutivas de penas privativas o restrictivas de libertad sea radicalmente distinta en materia de vulnerabilidad, lo que, entonces, exige una mayor atención doctrinal en el estudio de las distintas problemáticas que las envuelven, abandonando la idea de su naturaleza de beneficio y afirmando en definitiva, su carácter punitivo.

Ahora bien, el hecho de que la doctrina fije su estudio, en mayor o menor medida en la ejecución penal, no se ha traducido en que el legislador procesal penal le otorgue a la fase de ejecución la importancia que merece y exige un Estado de Derecho, etapa tan importante como lo son la de discusión y juzgamiento propio del ejercicio de la jurisdicción. Dicha

situación se ve reflejada en el hecho de que el Código Procesal Penal, tras la reforma que entró en vigencia paulatinamente a partir del año 2000, sólo se ha limitado a regularlo en escasos 5 artículos (entre los artículos 467 y 471) contenidos en el párrafo segundo del Título VIII del Libro IV, encontrándose por tal razón, su mayor regulación en normas de nivel reglamentario, significando -como correctamente lo han señalado diversos sectores de la doctrina nacional- una verdadera transgresión al principio de legalidad en la ejecución penal.

En cuanto a las penas sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad, “aparentemente” se ha corrido con mejor suerte, encontrándose desde larga data su regulación en normas de carácter legal. Es así como siguiendo este tratamiento jurídico, el 14 de mayo de 1983 entró en vigencia, tras su publicación en el Diario Oficial, la Ley N° 18.216, que si bien más allá de incorporar dos nuevas medidas a la ya existente a la época -remisión condicional de la pena-, no significó mayores modificaciones, ni desde el punto de vista de la política criminal ni desde la óptica procesal. Sin embargo, a lo menos permitía –tal como fue señalado en el mensaje del Ejecutivo- de que “exista la debida concordia y armonía, se ha estimado del

caso elaborar un nuevo texto refundido de esa ley en que, de manera sistemática, se establezcan las normas referentes a cada una de las instituciones y las que son comunes a algunos o a todos ellos” y “otorgándole un tratamiento jurídico exhaustivo de las mismas”¹.

El tratamiento jurídico dado, tanto desde el punto de vista material como procesal, por la ley N° 18.216 a las penas o medidas sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad, permaneció prácticamente inalterable por 30 años, aun cuando las nuevas necesidades surgidas con el pasar de los años conllevaron una serie de críticas, tanto de política criminal como de aspectos formales. Respecto a las primeras se colocaba en tela de juicio su verdadera eficacia para disminuir la sobrepoblación penitenciaria y su finalidad de reinserción social. En relación a las segundas, las críticas apuntaban principalmente en lo que dice relación a la necesidad de existencia de un juez especializado con competencia en los asuntos

¹ Mensaje del Ejecutivo, Boletín N° 239-07, 25 de mayo de 1982, p. 25. Citado en: MARÍN GONZÁLEZ, JUAN. 2008. Algunos aspectos procesales de la ley n° 18.216. [en línea] Revista de Estudios de la Justicia, [S.l.], n. 10, ene. 2008. ISSN 0718-4735. Disponible en: <<http://www.rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/15220/15632>> [consulta: 04 octubre 2014]. p. 82.

suscitados durante la etapa de ejecución de las sentencias condenatorias penales y, al sistema de recursos establecidos por el legislador de la época respecto a las resoluciones del juez con competencia en lo criminal que tuviera trascendencia en las denominadas en ese momento, medidas alternativas, entre otros problemas.

La situación vigente en las décadas de los 80' y 90' se mantuvo impávida incluso ante la gran reforma al sistema judicial penal chileno, en donde más allá de las adecuaciones necesarias a la nueva estructura del procedimiento, no existió una modificación sustancial que respondiera a las voces de cambio existente en la época y en donde, desde el punto de vista procesal, el único cambio apuntó en el sentido contrario al objetivo fundamental de la reforma, que no era otra que resguardar los derechos y garantías de quienes son sujetos del proceso penal. De tal modo que se modificó² el antiguo artículo 25, en virtud de la Ley 19.806, del año 2002, denominada Ley adecuatoria del sistema legal chileno a la reforma procesal

² Artículo 25 original de la Ley N° 18.216: “Sin perjuicio de las reglas generales, sobre apelación y consulta, el reo también podrá apelar, de la decisión denegatoria o revocatoria de los beneficios que establece esta ley, en el cual el Tribunal de Alzada sólo se pronunciará sobre la procedencia o improcedencia del beneficio”.

penal, suprimiéndose la alternativa que tenía el condenado de apelar sólo de la negativa del tribunal de primera instancia de otorgarle alguna de las medidas alternativas a las penas privativas de libertad, conservando únicamente la facultad de apelar de la resolución que revocare el beneficio concedido.³

Los aspectos procesales de la Ley N° 18.216 que aclamaban por modificaciones, algunas de las cuales ya han sido mencionadas, fueron objeto de diversos intentos de reforma durante los años siguientes a la reforma procesal penal, ninguno de ellos llegó siquiera a la discusión legislativa de las mismas. En tal sentido, la modernización del sistema judicial penal tenía una deuda pendiente, producto de no darle un tratamiento jurídico exhaustivo a la fase de ejecución de las sanciones penales, y particularmente en relación con las penas sustitutivas de las penas privativas o restrictivas de libertad, que fuera acorde con las necesidades políticas, sociales y culturales del nuevo siglo. Es en este contexto que el 31 de marzo de 2008 el Ejecutivo presentó un proyecto de modificación a la Ley N° 18.216, cuyo objeto principal de acuerdo al

³ MARÍN GONZÁLEZ, JUAN. Op. Cit. p. 90.

mensaje fue “conserva(r) el carácter de las penas sustitutas tal y como son entendidas no sólo en Chile sino también en los sistemas comparados, esto es, una oportunidad para un tipo de delincuencia menor; pero establece(r) una serie de medidas a través de las cuales se espera lograr que las medidas alternativas cumplan su objetivo final, introduciendo mecanismos de control más eficientes que impidan frustrar sus fines. De esta manera, al inyectar mayores y mejores formas de control de la ejecución de estas medidas, tanto en el ámbito judicial como administrativo, se estima que aquel sector de la sociedad que ha sido objeto de una medida alternativa, cumpla efectiva y satisfactoriamente la sanción impuesta, haciendo de este sistema un modelo de control asimilable a la prisión, en cuanto a su real control sobre la población sujeta al mismo.”⁴

Tras un largo proceso de discusión, incluida una sustitución completa del proyecto, presentado por el gobierno del ex Presidente de la República don Sebastián Piñera durante el año 2010, y superar satisfactoriamente todos los trámites constitucionales, finalmente la Ley N° 20.603 fue

⁴ Historia de la ley N° 20.603. Mensaje del ejecutivo, mensaje n° 66-356 del 31 de marzo de 2008. p. 6.

publicada en el Diario Oficial el 27 de junio de 2013. La Ley entró en vigencia en definitiva, tras publicarse las adecuaciones efectuadas al Decreto Supremo N° 1.120 – Reglamento de la Ley N° 18.216-, el 27 de diciembre de 2013, con la salvedad de la implementación gradual del monitoreo telemático y de la llamada pena mixta.

La Ley N° 20.603, no cabe duda que fue el resultado de las múltiples necesidades sociales, políticas y jurídicas, que la Ley N° 18.216 de 1983 no lograba satisfacer, cuyo texto era anacrónico al nuevo sistema judicial penal al que había –afortunadamente y de manera lógica por la fuerza de las circunstancias- evolucionado el sistema procesal penal chileno. Pero también era una nueva oportunidad para el legislador de hacerse cargo de las deudas que había dejado pendiente respecto a la etapa de ejecución de la sentencia penal condenatoria, que como ya he señalado, no fue beneficiada con un tratamiento jurídico exhaustivo.

La presente memoria responde a la necesidad de identificar cuáles son estas problemáticas procesales de la Ley N° 18.216, señaladas por diversos sectores de la doctrina nacional y también reconocidos por la jurisprudencia de los Tribunales Superiores; y de cómo la Ley N° 20.603, modificatoria de

la Ley N° 18.216, se hizo cargo de dichas dificultades con las que se enfrentó la normativa regulatoria de las medidas alternativas, hoy penas sustitutivas de las penas privativas o restrictivas de libertad. Es importante abordar tras el corto tiempo de aplicación que lleva la modificada Ley N° 18.216, cómo el legislador reguló en definitiva los diversos aspectos procesales que han sido objeto de arduas críticas durante los últimos años, principalmente tras la reforma procesal penal, y que continuaron al conocerse las propuestas de modificación de la normativa relativa a la ejecución de la penas sustitutivas.

Lo anterior, tiene por objeto un ámbito del conocimiento jurídico, que más allá de las discusiones teóricas- tanto de política criminal como de derecho procesal- tiene una aplicación concreta evidente, que provoca un impacto tanto en la opinión de la comunidad en general, pero también concretamente en el cumplimiento de los fines mismos del proceso y en la eficacia del mismo. Sin duda, las opiniones respecto a las soluciones a las problemáticas procesales que se manifiestan durante la ejecución de las penas sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad, son diversas y muchas de ellas contrapuestas entre sí. En este contexto, el

legislador debió lógicamente optar por una u otra opción, pero cabe analizar cómo esas posturas adoptadas por la Ley 20.603 son o no acordes con los principios formativos del proceso penal actual, y en general, con las exigencias de un Estado de Derecho.

Es a partir de todo lo señalado, que en las siguientes páginas, se buscará demostrar que la Ley N° 20.603, modificatoria de la Ley N° 18.216, no se hizo cargo de las principales problemáticas procesales existentes en el sistema de penas sustitutivas, o a los menos, no lo hizo en la forma deseada y exigida por una parte importante de la doctrina nacional.

Para el cumplimiento de los objetivos del presente trabajo, la memoria de prueba se ha estructurado en cuatro capítulos.

En el capítulo primero, se describirán las arduas discusiones respecto a la naturaleza jurídica del derecho ejecutivo penal, área del derecho integrada por toda la normativa relativa a la ejecución de toda sentencia condenatoria penal (tanto penas privativas de libertad, penas sustitutivas y medidas de seguridad). Identificando las importantes consecuencias

prácticas que conlleva la determinación de la naturaleza jurídica del derecho ejecutivo penal.

En los capítulos segundo, tercero y cuarto, se abordarán las principales críticas de las cuales ha sido objeto la regulación de las penas sustitutivas, y cómo la Ley N° 20.603 respondió a ellas. Entre ellas, la necesidad de existencia de un juez especializado con competencia en la etapa de ejecución; propuesta que no sólo se reduce a la ejecución de las penas sustitutivas objeto de la modificación legal sobre el cual versa el presente trabajo, si no en general al cumplimiento de las sentencias condenatorias penales. Como también otras críticas más específicas, que apuntan a la forma en que los jueces con competencia penal, tanto Jueces de Garantía como Tribunales del Juicio Oral en lo Penal, interpretan la facultad de imponer dichas penas sustitutivas y en definitiva los requisitos de procedencia de las mismas; la forma de implementación de las nuevas penas sustitutivas; y la capacidad organizativa y presupuestaria de Gendarmería de Chile, órgano administrativo encargado de la ejecución material de todas ellas. También se considerarán los medios de impugnación disponibles contra las distintas resoluciones dictadas durante

la etapa de ejecución de las penas sustitutivas y su relación con los principios que inspiran el sistema de recursos en el proceso penal chileno.

CAPÍTULO I

PERSPECTIVAS DEL DERECHO EJECUTIVO PENAL.

Una buena forma de iniciar el presente trabajo, es contextualizar la regulación de las penas sustitutivas y el estudio de las mismas dentro de alguna de las múltiples áreas del Derecho Objetivo.

La tarea anteriormente mencionada parece sencilla y aún más, trivial y sin sentido, pero ninguna de las dos afirmaciones es correcta. Por un lado son múltiples y arduas las discusiones doctrinales que intentan explicar a qué área del derecho se encuentran adscritas las normas jurídicas que reciben aplicación en la etapa que nace con la dictación de la sentencia condenatoria penal que impone, ya una pena privativa o restrictiva de libertad o bien sustituye ésta por alguna de las penas contempladas en el artículo 1° de la Ley N° 18.216⁵. Por otro lado, no es superfluo determinar cuál es la naturaleza jurídica de las distintas normas de ejecución penal, en

⁵ Artículo 348.- Código Procesal Penal: Sentencia condenatoria. La sentencia condenatoria fijará las penas y se pronunciará sobre la eventual aplicación de alguna de las penas sustitutivas a la privación o restricción de libertad previstas en la ley.

atención a que de ello consecucionalmente podremos identificar los principios jurídicos rectores.

Por aquello, en las siguientes páginas se expondrá, sin ánimo de ser exhaustivo como pudiera merecer esta área de estudio ni tampoco de dar una solución única al problema, una conceptualización de lo que entenderemos por derecho de ejecución penal y su relación con el derecho penitenciario; las distintas perspectivas que ha adoptado la doctrina respecto a la naturaleza jurídica del mismo, tanto las posturas que la acercan al derecho administrativo, aquellas que la incluyen en el derecho penal material, como aquellas que lo adhieren al derecho procesal penal; para finalizar, con las consecuencias de adoptar una u otra postura, particularmente en lo que dice relación con los principios que resultarán aplicable durante la ejecución de la sentencia penal, ya sea que impongan penas privativas o restrictivas de libertad o ya impongan penas sustitutivas de las primeras.

1. RELACIÓN DEL DERECHO EJECUTIVO PENAL CON EL DERECHO PENITENCIARIO.

Como es bien sabido, con la dictación de la sentencia condenatoria penal y su posterior ejecutoriedad, se da inicio a una etapa de suma importancia para los intereses y derechos de los diversos intervinientes en el proceso penal y por qué no decirlo, para la sociedad en su conjunto. Es por estas y por otras razones, que el legislador ha dictado diversas normas que regulan las distintas situaciones que se generan o pudieran generarse durante ésta, en tal sentido, de manera más favorecida se encuentra la regulación de la ejecución de las penas sustitutivas en comparación con las penas privativas o restrictivas de libertad, dado que en estas últimas el grueso de las disposiciones regulatorias es de nivel reglamentario y por ende infra legal.

La denominación de esta etapa no puede ser otra que de ejecución penal, cuyas normas jurídicas tienen como objeto regular el cumplimiento de las penas que impone el juez con competencia penal mediante la sentencia penal ejecutoriada. La pregunta que surge, es si este concepto de derecho ejecutivo penal, guarda alguna relación de equivalencia con el llamado derecho penitenciario. Para la profesora María Inés Horvitz, quien

excluyendo las penas que restringen derechos distintos a la libertad personal, considera que la “La legislación penitenciaria somete a sus normas tanto a los detenidos, a las personas sujetas a prisión preventiva, como a los sentenciados a penas privativas de libertad o sustitutivas de ellas.”⁶ En tal sentido, el derecho penitenciario no es excluyente de la etapa de ejecución penal y aún más, no se agota en el concepto de derecho ejecutivo penal, sino que abarca también ciertas medidas cautelares personales, siendo el único elemento característico, la regulación de la situación de las personas que se encuentran sometidas a penas o medidas que limitan o restringen la libertad personal. A su vez se pronuncia el destacado académico Enrique Cury, con un matiz en cuanto a su amplitud, señala al respecto que el derecho penitenciario es “el conjunto de normas que regulan la ejecución de las penas privativas de libertad”⁷. De lo anterior, cabe concluir que doctrinariamente existen dos líneas conceptuales respecto al derecho penitenciario, una concepción restringida que lo limita a

⁶ HORVITZ, MARÍA INES y LÓPEZ MASLE, JULIÁN. 2002. Derecho Procesal Penal Chileno. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. v2. p. 585.

⁷ CURY URZÚA, ENRIQUE. Citado en: KENDALL CRAIG, STEPHEN. 2010. Tutela judicial efectiva en la relación jurídica penitenciaria. Santiago, Librotecnia. p. 19.

la ejecución de las penas y medidas privativas de libertad, y una acepción amplia que incluye además de la regulación de penas y medidas privativas de libertad, a las penas sustitutivas de las primeras.

Ahora bien, para dar un concepto apropiado y establecer con certeza los límites del derecho penitenciario, es necesario partir de la premisa, mayoritariamente aceptada, de que esta área del ordenamiento jurídico es una rama del derecho que forma parte de la penología⁸, ciencia penal que apareció durante el siglo XIX de la mano de Francis Lieber, que la definía como una disciplina que se ocupa del castigo y tratamiento del delincuente, no limitándolo a las penas cuya ejecución debe efectuarse dentro de un recinto penitenciario⁹. En tal sentido, carece de fundamento querer limitarlo a las penas privativas de libertad cuya ejecución debe efectuarse en un recinto penitenciario, excluyendo a aquellas penas que igualmente

⁸ GARCÍA VALDÉS, CARLOS. 2000. Diccionario de ciencias penales. Madrid, Edisofer. p. 385. Al respecto se define la penología como aquella disciplina que estudia la pena, entendida esta como la consecuencia jurídica del delito, centrándose tanto en las formas penológicas vigentes como en los **sustitutivos** penales que pudieran sustituir a aquellas.

⁹ FERNÁNDEZ GARCÍA, JULIO, et al. 2001. Manual de derecho penitenciario. Madrid, Colex; Salamanca: Universidad de Salamanca. p. 107.

construyen la libertad personal, algunos dirán de menor entidad, pero no cabe duda la naturaleza de pena que posee al tratarse de un verdadero mal irrogado al condenado, lo que queda corroborado en el mensaje presidencial con el que se dio ingreso al Congreso el proyecto de modificación de la Ley N° 18.216, que buscaba profundizar el carácter punitivo de estas medidas. Pretendiendo de este modo, terminar con el “*flanco de impunidad*” que constituían las medidas alternativas. Robusteciendo el sistema de alternativas a la prisión y transformándolo “en un mecanismo de sanción que opere de manera eficaz y efectiva en el control de la delincuencia primeriza y cuyos objetivos se centren en *evitar la reincidencia delictual y dar protección a las víctimas*”¹⁰.

En suma, somos de la opinión que el derecho penitenciario es un concepto amplio que no se limita a las penas privativas de libertad, sino que abarca también –como correctamente señala la profesora Horvitz- a las

¹⁰ PEÑA CAROCA, IGNACIO. 2013. Monitoreo telemático: análisis crítico desde la sociología del control y la economía política del castigo. [en línea] Revista de Estudios de la Justicia, [S.l.], n. 18, nov. 2013. ISSN 0718-4735. Disponible en: <<http://www.rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/29922/31700>>. [consulta: 04 octubre 2014]. p. 173.

penas sustitutivas de las penas privativas de libertad. No obstante, esta concepción, a nuestro juicio, a diferencia de la profesora Horvitz, no debe extenderse de manera tal de incluir toda medida que implique privación de libertad, es decir, de considerar incluso a la detención y a la prisión preventiva, y esto básicamente en razón de que el derecho penitenciario como parte integrante de la penología, tiene como objeto el estudio y regulación de la aplicación y ejecución de las penas, y como bien es sabido, las medidas cautelares personales, si bien limitan o restringen la libertad personal del imputado sujeto a ellas, bajo ningún aspecto se les puede atribuir un carácter sancionatorio o considerárseles como una anticipación de la pena, dado que ello significaría una transgresión grave al principio de inocencia y al derecho a un juicio previo.

Por último, cabe establecer la relación existente entre el ya mencionado derecho penitenciario y el derecho ejecutivo penal, evitando con ello la concepción errónea de considerarlos como un mismo concepto. Al respecto el destacado abogado Stephen Kendall, uno de los autores que se pronuncia respecto a esta distinción, señala que “debe distinguirse el Derecho Penitenciario del denominado Derecho Ejecutivo Penal, este último es aquel

que se ocupa de la ejecución de todas las penas en general (sean privativa o no privativas de libertad, pecuniarias, privativas de otros derechos, y de las medidas de seguridad). De esta manera, el Derecho Penitenciario es una parte del Derecho ejecutivo penal.”¹¹ Por lo cual, es posible señalar que el derecho penitenciario y el derecho ejecutivo penal se encuentran en una relación de especialidad, donde el derecho penitenciario sería la especie ya que solo se ocupa de la ejecución de algunas de las penas establecidas por el legislador penal; y el derecho penal ejecutivo sería el género.

2. NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO EJECUTIVO PENAL.

Tal como se ha venido señalando, determinar la naturaleza jurídica del derecho ejecutivo penal y de una de sus especies como es el derecho penitenciario en sentido amplio sin incluir las medidas cautelares, tal como se conceptualizó en el acápite anterior, no deja de tener importantes consecuencias jurídicas. De tal forma, y tal como se señalará más adelante, seguir una u otra corriente doctrinal determinará los principios jurídicos que reciben o deben recibir aplicación durante la ejecución de las penas

¹¹ KENDALL CRAIG, STEPHEN. 2010. Op. Cit. pp. 19-20.

impuestas, entre ellas, tanto las privativas o restrictivas de libertad como las penas sustitutivas de las mismas.

El tratamiento de esta importante discusión doctrinaria, que no deja de ser pacífica, no ha recibido un estudio exhaustivo en la doctrina chilena y menos en la jurisprudencia, donde sólo es posible deducir a partir de ciertos fallos la adopción de alguna de las posturas que se señalarán, salvo tenues pronunciamientos de algunos autores acogiendo algunas de las perspectivas que han sido desarrolladas en la doctrina comparada, principalmente española y alemana. Pero que aun más, se han limitado exclusivamente a analizarlo a partir del derecho penitenciario en un sentido restringido, olvidando que éste pertenece a una rama más amplia del derecho, que en este trabajo denominamos derecho ejecutivo penal.

Por lo tanto, pasaré a exponer las tres principales posturas que se han desarrollado en los últimos años y los argumentos de las mismas para adscribirlo a alguna rama del Derecho, aun cuando estas únicamente lo han tratado a partir de la regulación de las penas privativas de libertad, creemos que es totalmente posible extender los argumentos que se han argüido -a lo menos- al cumplimiento de las penas sustitutivas. Por último, quiero hacer

presente que si bien no se desarrollará la llamada tesis de la *independencia formal del derecho penitenciario*, dicha postura doctrinal ha adquirido importancia durante el último tiempo, principalmente en España, en donde “se ha consolidado desde la aparición de un cuerpo legislativo único (Ley Orgánica Penitenciaria y sus Reglamentos de desarrollo) y una propia jurisdicción (Juzgados de Vigilancia Penitenciaria). En cuanto a lo sustancial, el reconocimiento de un objeto propio, como es la regulación de la ejecución de las penas y medidas de seguridad privativas de libertad.”¹², pero por razones lógicas, frente a la falta de desarrollo tanto legislativo como doctrinal en nuestro país, difícilmente se pueda defender en este momento esta postura.

2.1. Derecho ejecutivo penal como parte del derecho penal material.

La primera corriente doctrinal que describiré se centra en la opinión de que el derecho penitenciario no es que más que una extensión del derecho penal material. Al respecto –como fue señalado en una de las secciones

¹² FERNÁNDEZ CUBERO, RAFAEL. 2005. Introducción al sistema penitenciario español [en línea] <<http://www.aloj.us.es/criminoticias/docuprof/SPENITENCIARIO.pdf>> [consulta: 10 noviembre 2014]. p. 7.

anteriores de este trabajo- existen ciertos autores, principalmente del sistema anglosajón, que utilizando un argumento meramente formal consideran que el derecho penitenciario tuvo su origen en la penología, rama de la ciencia penal cuyo objeto de estudio se extiende tanto a la aplicación como a la ejecución de las penas, en consecuencia pareciera lógico extender dicha naturaleza jurídica al derecho penitenciario.

Un segundo argumento lo da el profesor Eduardo Sepúlveda, quien al negar el carácter administrativo de la ejecución de la pena señala: “Entendida la etapa de efectiva ejecución como la realización de las penas y medidas de seguridad impuestas jurídicamente, **ya que son la lógica extensión del derecho penal material** y del derecho procesal penal en la realización de las consecuencias jurídicas, ella viene a formar parte del sistema penal, cuyas funciones constituyen la base de la administración de la justicia penal.¹³. Al respecto, se debe reconocer que la afirmación anterior

¹³ SEPÚLVEDA CRERAR, EDUARDO. 2005. El ordenamiento jurídico penitenciario chileno: sus reformas más urgentes. En: COOPER M, JAMES, et al. Estado de derecho y reformas a la justicia. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Estudios de la Justicia: Heidelberg Center para América Latina: California Western School of Law: Proyecto Reforma Judicial, GTZ Chile. p. 123.

es correcta en considerar a la ejecución de las penas como parte de un sistema más amplio como es el de la administración de la justicia penal, pero no es claro en si lo considera parte del derecho penal material o procesal penal o aun si se le considera independiente respecto a los dos anteriores.

Un tercer argumento argüido, adopta como base que una de las características distintivas de la relación que surge entre el condenado y el órgano de ejecución de penas es la potestad disciplinaria que adquiere este último con el objeto de dar cumplimiento a los fines perseguidos con el surgimiento de esta relación. Al respecto se ha afirmado que más allá de la diferencia natural existente entre las sanciones administrativas y las penales (pensando en el ámbito penitenciario), no puede desconocerse su pertenencia a un mismo estatuto y a la aplicación de iguales principios. En tal sentido el Tribunal Constitucional Chileno ha señalado que “[...] aun cuando las sanciones administrativas y las penas difieren en algunos aspectos, ambas forman parte de una misma actividad sancionatoria del Estado y han de estar, en consecuencia, con matices, sujetas al mismo

estatuto constitucional que las limita en defensa de la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos.”¹⁴

Un último argumento que podría servir de base para justificar el carácter penal material de la relación penitenciaria, es posible extraerlo de lo señalado por el Profesor Juan Pablo Mañalich, quien haciendo una crítica a la teoría penal estatal moderna basada en la tripartición de los momentos de la legitimización del ejercicio de la potestad punitiva de Estado¹⁵, afirma que “[...] la distinción estandarizada entre la imposición de la pena, por una parte, y su ejecución, por la otra, desempeña una función ideológica,

¹⁴ STC Rol N° 479, Citado en: UNIDAD DE DEFENSA PENITENCIARIA. 2011. La doctrina de las relaciones de sujeción especial en la jurisprudencia. Documento de trabajo N° 1/2011. Santiago, Defensoría Penal Pública. p.17.

¹⁵ MAÑALICH RAFFO, JUAN PABLO. 2011. El derecho penitenciario entre la ciudadanía y los derechos humanos. Revista de derecho y humanidades (18). p. 171. El autor señala que en base a esta teoría moderna es posible la existencia de principios de justificación diversos para cada una de las etapas de ejercicio de la potestad punitiva del Estado, sin que se produzca contradicción entre ellos. Siendo estos momentos: la conminación legal, la imposición (y determinación) judicial y la ejecución (administrativa) de la pena. Añade el autor, que esta distinción llega incluso a reformularse en términos de diferenciar una “sanción primaria” correspondiente a la declaración de culpabilidad pronunciada mediante la sentencia condenatoria firme que impone la pena respectiva; y una “sanción secundaria” asociada a la específica irrogación de un mal sensible o en otros términos en la efectiva ejecución de la pena.

consistente en diluir el significado de la ejecución de la pena como *el* momento en que, efectivamente, se actualiza el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado, esto es, del específico *ius puniendi* a ser ejercido sobre la persona del condenado. La representación de la sola imposición de la pena, a través de la sentencia condenatoria, como una sanción en sí misma, favorece la imagen de que lo que ocurre una vez ejecutoriada la sentencia, al darse “cumplimiento” a la misma, constituiría un momento punitivo independiente, cuya estructura y procedimiento no estarían precisamente vinculados por la regulación legal sobre la cual reposa la justificación (“externa”) de esa sentencia condenatoria.”¹⁶ Esta comprensión del fenómeno, sin duda, es un gran aporte a la discusión que se ha pretendido plasmar en estas primeras páginas, y en tal sentido un fuerte argumento para destruir la base sobre la que se sustenta la postura doctrinal de la relación penitenciaria como relación de derecho administrativo, que en su lógica hace necesaria una justificación adicional y distinta a aquella en la que se sustenta la sentencia penal condenatoria, para justificar la ejecución entendida como una sanción “secundaria” y diversa. En suma,

¹⁶ *Ibíd.* p. 172.

conjuntamente con lo señalado por el profesor Sepúlveda, pareciera acertado afirmar que la ejecución de las penas forma parte de la administración de la justicia penal, lo que no significa necesariamente que sea una extensión del derecho penal material, dado que esto significaría olvidar que también podría formar parte del derecho penal procesal.

Siguiendo el razonamiento anterior, parece del todo lógico seguir la línea argumentativa del destacado académico penalista Alfredo Etcheberry, quien afirma que “No todas las referencias que el derecho hace al delito y la pena, forman parte, sin embargo, del derecho penal. Son disciplinas diferentes, y relativamente autónomas, el derecho penal **sustantivo**, el derecho penal **adjetivo** y el derecho penal **ejecutivo**. Se ocupa el primero de la determinación abstracta de los delitos y la conminación de las penas; el segundo, de las maneras de hacer efectivas las reglas establecidas en principio por el primero: se trata del procedimiento penal. Por fin, el último reglamenta la forma de llevar a cabo las penas impuestas; es una rama particular del derecho administrativo.”¹⁷

¹⁷ ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, ALFREDO. 1997. Derecho Penal. Parte general. 3ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. Tomo I. p. 21.

Como se señalará, en este trabajo no se comparte la idea de incluir la ejecución de la pena dentro del derecho administrativo, sin embargo se ha citado al profesor Etcheverry, en atención a que identifica –a mi parecer- el problema que se subsume en la corriente penalista de la ejecución de la pena, y este no es otro, que creer que el derecho penal material se extiende a todo ámbito en que el derecho se preocupe de regular la pena, sin reconocer que hay ciertos aspectos de la misma, cuyo tratamiento responde a una lógica jurídica distinta. Al respecto no es posible negar que la pena es una y, aun durante su ejecución sigue sustentándose en los mismos fundamentos que tuvo en mente el legislador penal al establecerlas. Decir lo contrario significaría entrar en la búsqueda incansable de una justificación a la pena, ahora en ejecución, distinta a la justificación de la pena impuesta en la sentencia condenatoria, como consecuencia de diferenciarlas como categorías distintas (sanción primaria y sanción secundaria). Lo anterior no conlleva a decir que la ejecución de la pena sea parte del derecho penal material, porque esto significaría desconocer que durante la etapa de ejecución surge una percepción del sujeto condenado distinta de aquella que se tenía durante el proceso penal respecto al mismo sujeto, pero en ese

momento como imputado, ya no buscando la imposición de una pena si no el cumplimiento de la misma con miras a la reinserción. En tales términos, la doctrina española ha señalado que con la ejecución de la pena “se inicia pues, un nuevo proceso en el que los postulados del derecho criminal se desvanecen por inoperantes, y es más, se debe procurar desvincular al interno de situaciones derivadas del pasado. La tendencia constitucional reseñada en el art. 25.2 de la C.E (Constitución Española) es orientar al interno hacia el futuro, indagando soluciones que le llevan a reintegrarle dentro de la sociedad a la que de una manera u otra ha atacado.”¹⁸

2.2. Derecho ejecutivo penal como parte del derecho administrativo.

El derecho penitenciario o hablando en términos más generales, el derecho ejecutivo penal, tiene como objeto la llamada doctrinalmente relación jurídica penitenciaria o relación de ejecución, según sea el caso. Esta relación jurídica para los sectores que proclaman la pertenencia de la ejecución penal al derecho administrativo, la entienden como una relación

¹⁸ RODRIGUEZ MAGARIÑOS, FAUSTINO. La relación jurídica penitenciaria bajo la óptica del derecho administrativo [en línea] <<http://www.uned.es/dpto-derecho-politico/gudin.pdf>>. [consulta: 10 noviembre 2014]. p.3.

de derecho público entre el Estado, representado en este caso por el órgano administrador penitenciario o encargado de la ejecución penal (Gendarmería de Chile), y un sujeto individual que ha adquirido por una sentencia firme la calidad de condenado a una pena privativa o restrictiva de libertad, o a una pena sustitutiva. Como toda relación jurídica, esta genera derecho y obligaciones, la pregunta que surge es si los efectos de esta relación jurídica son bilaterales o no.

Para responder a la pregunta anterior se debe distinguir entre dos corrientes doctrinales del derecho administrativo que buscan explicar la naturaleza de la relación jurídica penitenciaria o de ejecución. Para ello habrá que describir lo que señala la doctrina tradicional y lo que señalan las doctrinas modernas.

La teoría tradicional es de la opinión que la relación jurídica mencionada es de aquellas que pertenecen a la denominada relación de sujeción especial o de supremacía especial, dependiendo desde el punto subjetivo que se observa, ya desde el punto de vista de la administración o desde el punto de vista del sujeto individual, respectivamente. La relación de sujeción especial o simplemente RSE es una fórmula jurídica creada por la doctrina

alemana del siglo XIX, cuyo objeto era explicar a partir del principio monárquico, ciertos poderes del Estado sobre personas vinculadas a él por una relación más intensa y directa que la que lo vincula con el común de los ciudadanos¹⁹. La RSE no es un concepto propio del derecho penitenciario, sino una concepción que busca explicar toda relación entre el Estado y ciertos particulares que adquieren un determinado status que los une al Estado en una relación más intensa que el resto de la población carente de ese status. De este modo la doctrina generalmente lo ha definido como “aquella relación jurídico pública de sometimiento, en el ámbito del derecho administrativo, en la que se encuentran aquellas personas que, como parte integrante del aparato administrativo, están bajo la dirección inmediata del poder público, con cierto carácter duradero y a favor de un determinado fin administrativo”.²⁰ Este fin administrativo perseguido a partir de la relación penitenciaria sería tanto la reinserción social, pero también tratándose de sujetos a penas privativas de libertad efectiva, incluido los sujetos a penas de reclusión parcial en recintos especiales, el mantenimiento del orden interno.

¹⁹ *Ibíd.* p. 9.

²⁰ KENDALL CRAIG, STEPHEN. *Op. Cit.* p. 24.

La principal consecuencia y a su vez debilidad de esta teoría, es la posibilidad que tiene la administración, fundándose en la necesidad de dar cumplimiento a los fines perseguidos para el establecimiento de esta relación de mayor intensidad y la subordinación en la que se encuentra la parte pasiva de esta relación, de vulnerar los derechos fundamentales de los cuales goza toda persona, incluida aquella que por la comisión de un delito fue sometida al cumplimiento de una pena, pero que no por ello puede ser desprovista de más derechos que aquellos previstos en la ley y plasmados en la sentencia condenatoria penal firme dictada por un Tribunal competente. Esta vulneración a los derechos no sería más que una consecuencia de la aparente situación de la RSE como relación que estaría en los márgenes del imperio del derecho y que permitiría a la administración a no someterse de manera absoluta al principio de legalidad, y esto en razón del cumplimiento de los fines de la pena y/o de los establecimientos penitenciarios. En tal sentido el Tribunal Constitucional alemán en el año 1972, “[...] dejó a un lado las teorías de las RSE para declarar que no sería constitucional una limitación de los derechos fundamentales de la persona en base a una norma de rango administrativo

orientada a lograr ya sean los fines de la pena ya los del establecimiento penitenciario”.²¹ A mayor abundamiento, en la doctrina española se ha señalado que la disminución en la valoración de las garantías fundamentales que conlleva la concepción de la RSE, trae adicionalmente como consecuencia, la afectación de principios como el de legalidad, el de tipicidad, el de non bis in ídem, el de jurisdiccionalidad, el de debido proceso, entre otros.

La respuesta que se dio a este problema desde la doctrina administrativa, arrastrados por ideas de protección de los derechos humanos²², fue el cambio de paradigma de la relación jurídica de derecho penitenciario, abandonando la lógica de una relación de subordinación irrestricta del sujeto individual a la administración penitenciaria y la irresponsabilidad del Estado en esta relación. Es así como “los estándares del sistema interamericano de protección de los derechos humanos contemplan que el

²¹ UNIDAD DE DEFENSA PENITENCIARIA. 2011. Op. Cit. p. 4.

²² KENDALL CRAIG, STEPHEN. Op. Cit. p. 29. El autor atribuye esta modernización a la concepción de relación penitenciaria a los siguientes factores: a) la concepción del Estado de Derecho; b) la concepción de que el interno es sujeto de derechos y que forma parte de la sociedad; c) la evolución de los fines de la pena desde la retribución a la prevención especial; d) el movimiento general en Derechos Humanos o fundamentales.

privado de libertad se encuentra en las manos del Estado en una relación que lo sitúa en una condición de vulnerabilidad, que obliga al Estado a brindarle protección hasta el punto de convertirse en su garante.”²³ Esta posición moderna, en los términos que se ha propuesto, no es incompatible con la situación del condenado a una pena sustitutiva, dado que el escenario de éste no deja de ser totalmente distinta a la del privado de libertad, pues por más que no se encuentre en un recinto penitenciario a tiempo completo, su vida no es posible desarrollarla con plena normalidad, y en tal sentido no puede ser considerada un beneficio como mucho tiempo se dijo, si no como una verdadera pena, con una intensidad considerable si pensamos en la reclusión parcial o en la libertad vigilada intensiva, que en definitiva deja al condenado también en una situación de vulnerabilidad. De tal modo que como dice el viejo aforismo “donde existe la misma razón debe existir la misma disposición”.

No cabe duda que este cambio de paradigma dentro de la doctrina administrativa, abandonando la lógica de la RSE, ha sido un verdadero aporte a la discusión respecto a la naturaleza jurídica de la relación jurídica

²³ *Ibíd.* p. 6.

surgida con dictación de la sentencia condenatoria penal, permitiendo con ello realzar la calidad de sujeto de derecho del condenado. Empero, esto no se traduce en que una concepción de la relación penitenciaria desde el derecho administrativo deje de ser peligrosa, dado que conlleva decir que finalizada la etapa de juzgamiento con la dictación de la sentencia firme ha concluido el periodo de controversia y se inicia una etapa de mera ejecución a cargo de un órgano administrativo, desconociendo con ello las importantes y numerosas decisiones que se generan durante la ejecución y la situación de fragilidad en la que se encuentra el condenado. En tal sentido, acertadamente autores españoles han diagnosticado el problema de la siguiente forma: “[...] se quiera o no la administración sólo está parcialmente sometida a la Ley moviéndose en el campo de la amplia discrecionalidad, que se afirma como <<centro del derecho administrativo>>, siendo incontrolable por los tribunales contenciosos administrativos.”²⁴

En Chile la situación parece no generar mayor interés. Son pocos los autores que han planteado la discusión y menos aun la judicatura se ha

²⁴ RODRIGUEZ MAGARIÑOS, FAUSTINO. Op. Cit. p. 44.

pronunciado al respecto. Sin embargo, el jurista Stephen Kendall ha señalado con propiedad que en Chile la relación jurídica penitenciaria es concebida como una RES, por los siguientes argumentos:

A.- Argumento normativo: la inexistencia de una disposición en nuestra Carta Fundamental que se pronuncie expresamente con respecto a la relación de derecho penitenciario y que sirva de directriz al ordenamiento jurídico, sumado a la flagrante infracción al principio de legalidad o reserva legal de la ejecución de las penas al ser una norma de carácter reglamentario la principal fuente de regulación del derecho penitenciario. Siendo respecto a este último caso la ejecución de las penas sustitutivas afortunada, al encontrarse regulada en una norma de rango legal, escapando a esta situación antijurídica.

B.- Argumento práctico: el encontrarse la ejecución entregada a la competencia de una institución de carácter militarizado, agravado con la ausencia de un verdadero control judicial de la actividad administrativa de ejecución, en razón de que hoy la competencia se encuentra entregada al

Juez de Garantía –como se expondrá en el capítulo correspondiente de esta obra-, juez no especializado y quien cumple un rol más bien pasivo.²⁵

2.3. Derecho ejecutivo penal como parte del derecho procesal penal.

La tercera corriente doctrinal asevera que el derecho penitenciario forma parte del derecho procesal penal. Para llegar a tal conclusión, es necesario tener en cuenta que habitualmente se ha entendido el derecho penal procesal como una rama del derecho público que regula a los órganos públicos encargados de cumplir el *ius puniendi* del Estado y el procedimiento tendiente a la imposición de una pena o medida de seguridad mediante una sentencia firme o ejecutoriada. En otras palabras, el derecho adjetivo penal es el instrumento que la ley ha establecido para colocar en movimiento al derecho penal material, careciendo este último de eficacia sin el primero. En tal sentido, el derecho penal material y el derecho procesal penal son interdependientes, necesitando uno del otro para producir sus efectos.

Por consiguiente, tal como señala el profesor Eduardo Sepúlveda –y que fue oportunamente citado en este trabajo- ambas ramas del derecho forman parte de un mismo sistema, el que este destacado académico denomina

²⁵ KENDALL CRAIG, STEPHEN. Op. Cit. pp. 35-41.

Sistema de Administración de Justicia Penal, en donde el derecho penal determina las consecuencias jurídicas derivadas de la comisión de un delito y el derecho procesal penal determina como un juez con competencia en lo penal, luego de acreditarse el hecho punible y la participación del imputado, impone la pena prevista en el supuesto legal. Tras ello será necesaria la ejecución de la pena impuesta por sentencia ejecutoriada por parte del órgano administrativo correspondiente. Esta secuencia lógica demuestra la coherencia de considerar a la ejecución como parte del sistema de administración penal, debiendo de manera razonable ser estimado como parte del derecho procesal. Dado que éste es el instrumento que permite cumplir la finalidad del derecho penal, es así como se plasma la llamada 'Teoría de las tres columnas de la Justicia' la que "otorga al derecho ejecutivo-penal la tercera instancia de actuación del sistema total de derecho penal y, como tal, después de una larga elaboración y articulación con las demás fases, ha venido a completar la última del proceso y del juicio penal".²⁶

²⁶ BERGALLI, ROBERTO. Citado en: HENDLER, EDMUNDO. 2001. Las garantías penales y procesales: enfoque histórico-comparado. Buenos Aires, Editores del Puerto:

Uno de los ámbitos principales de regulación del derecho procesal en general es la jurisdicción, que para los fines del objeto de esta sección del trabajo, utilizaré el concepto dado por el jurista Eduardo Couture, quien la entiende como: “la función pública realizada por órganos competentes del Estado con las formas requeridas por la ley, en virtud de la cual, por acto de juicio, se determina el derecho de las partes, con el objeto de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia jurídica mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada, **eventualmente factibles de ejecución**”²⁷. Donde en materia procesal penal el conflicto de interés de relevancia jurídica consiste en la pugna que surge entre el interés del Estado de hacer efectivo el poder punitivo tras la comisión de un hecho punible y el interés de libertad de la persona respecto a la cual se dirige la imputación del Estado. De la definición anterior, es posible señalar que la jurisdicción está compuesta por tres momentos importantes: la fase de conocimiento, la fase

Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. p. 151.

²⁷ COLOMBO CAMBELL, JUAN. 1968. La Jurisdicción en el Derecho chileno. Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 8(8). [en línea] <<http://www.cuadernosjudaicos.cl/index.php/ACJYS/article/view/10351/10407>.>

[consulta: 16 noviembre 2014].

de juzgamiento y la fase de ejecución. Esta última si bien es una etapa eventual, dado que únicamente se produce cuando la sentencia no satisface el interés perseguido en el proceso con su mera dictación, sino que requiere de un cumplimiento posterior. En este sentido, la sentencia penal por su propia naturaleza constituye este tipo de sentencias denominadas doctrinalmente como sentencia de condena.

Por último cabe mencionar, que tal como se ha señalado, el interés del Estado que entra en conflicto con el interés del imputado durante el proceso penal, es hacer efectivo el *ius puniendi*. Al respecto la dogmática penal señala que este poder del Estado se identifica con el llamado derecho penal subjetivo, diferenciándolo del derecho penal objetivo. Tal es considerado “como una decisión político-criminal plasmada en una norma que declara *punible* un hecho y *perseguable* a su autor. El *ius puniendi* es expresión del poder único y exclusivo del Estado para ejercer la violencia legítima.”²⁸ En tal forma, la potestad punitiva del Estado se manifiesta no de manera exclusiva en la determinación del hecho punible y las sanciones jurídicas

²⁸ BUSTOS RAMÍREZ, JUAN y HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN. 1997. Lecciones de derecho penal. Madrid, Trotta. Tomo I. p. 64.

asociadas al mismo, sino que también recibe aplicación durante la ejecución de dichas normas y lógicamente también, durante la ejecución de las penas impuestas por la sentencia penal condenatoria. Desde este punto de vista, es posible reconocer que el *ius puniendi* no sólo tiene una perspectiva penal material, sino que también una perspectiva penal procesal, de tal modo que “el *ius puniendi* es una decisión político-criminal que declara normativamente punible y perseguible un hecho, esto quiere decir que los límites al *ius puniendi* están tanto a nivel de la creación de la norma penal como al nivel de su aplicación. Los límites al nivel de la creación de normas penales son las *llamadas garantías penales*. Los que lo son al nivel de la aplicación de las normas penales son las llamadas *garantías de persecución, procesales y de ejecución*. La conjunción de las garantías penales y procesales dan lugar a un sistema penal garantista que no sólo legitima democráticamente el *ius puniendi* estatal sino que también deslegitiman el uso abusivo de la potestad punitiva.”²⁹

De todo lo señalado, parece a nuestra opinión, que esta es la postura, dado el estado actual del sistema de ejecución penal chileno, más fundada y

²⁹ *Ibíd.* pp. 64-65.

razonable, en atención a que no parece lógico considerar que los fines del proceso se agotan con la dictación de la sentencia condenatoria firme, desconociendo las importantes decisiones que se adoptan durante la etapa de ejecución y la situación de vulnerabilidad del condenado a penas privativas de libertad o sustitutivas de ellas. Ello sumado a que no es posible considerar a esta etapa como administrativa por el solo hecho de que sea un órgano administrativo el encargado de desempeñarlo. Señalar lo contrario, nos podría llevar incluso al absurdo de afirmar que la investigación es parte del derecho administrativo y no una etapa del derecho procesal penal. Sin duda que sería deseable poder considerar la ejecución de las penas como una rama del derecho que forma parte del sistema de administración de justicia penal, pero independiente del derecho penal material y procesal, lo que no será posible mientras no exista una legislación de ejecución única y una jurisdicción especializada.

3. APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS PROCESALES EN EL DERECHO EJECUTIVO PENAL.

La discusión doctrinal, expuesta en el número anterior, no se agota en una mera esfera teórica, sino que la adopción de una de las posturas

señaladas tiene importantes consecuencias prácticas, particularmente en lo que dice relación con los principios formativos y las garantías que recibirán aplicación durante la ejecución de la pena.

Ahora bien y a mayor abundamiento, la naturaleza jurídica del derecho de ejecución de penas que se adopte y consiguientemente los principios jurídicos que afirmemos reciben aplicación durante esta etapa, determinará la coherencia que tenga el sistema de administración de la justicia penal en su conjunto (derecho penal, derecho procesal penal y derecho ejecutivo penal) con el Estado democrático de derecho. Es así como “cada vez que se comete un delito, el autor del mismo afecta las garantías constitucionales de la víctima y, para proteger los bienes jurídicos perturbados por este ilícito, el Estado a su vez amenaza y limita severamente las mismas garantías del hechor. Para proteger esos bienes jurídicos, el Estado dispone de todas las herramientas que le entrega el sistema penal, constituido por el derecho penal propiamente tal, el proceso penal y la ejecución penal. Este sistema penal que, a su vez, afecta las garantías de las personas, debe responder y ser coherente con los límites de un Estado de Derecho.”³⁰ Dicha coherencia

³⁰ SEPÚLVEDA CRERAR, EDUARDO. 2005. Op. Cit. p. 122.

resulta particularmente trascendente durante la ejecución penal, en donde es necesario establecer con claridad los límites de la función del Estado, reconociendo con ello, los fines de la pena, y a su vez, el resguardo de los derechos de las personas afectas a aquellas penas.

La afirmación anterior no deja de ser baladí, dado que establece como presupuesto de un Estado de Derecho el estatus de sujeto de derecho de toda persona, tal como lo proclama nuestro artículo 1º de la Constitución Política de la República. De forma que se puede aseverar que tal estatus se extiende incluso al condenado, gozando éste de los mismos derechos que las demás personas, con excepción de aquellos de los cuales fue privado mediante las sentencia condenatoria; la calidad de sujeto de derecho de la cual es poseedor el condenado se ve reforzado por el artículo 7 del Código Procesal Penal, el cual dispone al establecer la calidad del imputado:

“Las facultades, derechos y garantías que la Constitución Política de la República, este Código y otras leyes reconocen al imputado, podrán hacerse valer por la persona a quien se le atribuyere participación en un hecho punible desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra y hasta la completa ejecución de la sentencia.”

Esta disposición legal no es meramente programática, sino que un verdadero imperativo, pero cuya eficacia en definitiva depende, en mayor o menor medida, de los principios jurídicos que informan el derecho ejecutivo penal y del respeto de los mismos.

Es en consecuencia del todo razonable considerar que la ejecución de la sentencia penal es la última etapa del proceso penal, y en tal sentido, al igual que en las demás etapas, los principios y garantías procesales deben recibir aplicación. “Actualmente hay acuerdo doctrinal en que las garantías del derecho penal y procesal-penal no se detienen frente a los muros de la cárcel sino que se extienden a la fase ejecutiva del proceso penal. Ello es una exigencia del principio de legalidad y, más en general, del Estado del derecho (*sic*), el cual se caracteriza por la vigencia del principio de legalidad, el reconocimiento de los derechos fundamentales de los individuos y la garantía jurisdiccional de su tutela”³¹.

A partir de lo señalado, es posible afirmar que durante la ejecución de la pena deben ser observados los principios y garantías procesales, que por las peculiaridades de la etapa final del proceso penal, puedan recibir aplicación.

³¹ HENDLER, EDMUNDO. 2001. Op. Cit. p. 152.

Entre estos principios y garantías, se encuentra el principio de legalidad y el principio de jurisdiccionalidad; adicionalmente, es posible mencionar, siguiendo la clasificación dada por el profesor Tavolari,³² ciertas garantías jurídicas políticas del sistema procesal penal, como el derecho a un juez independiente e imparcial, el derecho a un juez competente, el derecho a la defensa, el derecho a un recurso ante un Tribunal Superior y el derecho a un juicio público; también ciertas garantías procesales, entre ellas el derecho a ser oído, a ser informado de los cargos en su contra, la igualdad procesal y la presunción de inocencia; por último también existen las llamadas garantías procedimentales, entre las que destacan, el derecho a no ser obligado a declarar en su contra, a contar con asesoría de un abogado defensor, a presentar y rendir prueba y, a contradecir la prueba contraria. Entre todas estas garantías, pasaré a describir la forma como algunas de estas garantías procesales, sin quitarles importancia a otras, deben ser aplicadas en la ejecución penal.

³² TAVOLARI OLIVARES, RAÚL. 2007. Instituciones del nuevo proceso penal: cuestiones y casos. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

Quizás uno de los principios fundamentales que debiera inspirar todo el tratamiento jurídico de la ejecución de la pena, es el principio de legalidad, del cual en definitiva deriva la aplicación de los demás principios, en tal sentido no es menor, considerar que constituye uno de los pilares fundamentales de todo Estado de derecho. En cuanto a este principio³³, se le ha dado un tratamiento exhaustivo cuando se habla de la exigencia de la determinación del delito (*nullum crimen sine lege*), de la determinación de las penas asociadas al delito (*nulla poena sine lege*) e incluso su reconocimiento como garantía jurisdiccional, que implica que la determinación de la existencia del delito y la pena que deba imponerse sea mediante una sentencia judicial firme tras un procedimiento legalmente establecido. No obstante, el principio de legalidad como garantía ejecutiva ha sido olvidado, en especial dada la poca importancia que tradicionalmente se le ha dado a la etapa posterior a la dictación de la sentencia, no reconociendo el importante contenido de la misma, la cual “[...] exige que una ley previa establezca no sólo la duración y el tipo de pena sino también

³³ HENDLER, EDMUNDO. Op. Cit. p. 152. El autor señala que el principio de legalidad se puede descomponer en cuatro garantías: una garantía criminal, una garantía penal, una garantía jurisdiccional o judicial, y una garantía de ejecución.

las circunstancias de ejecución de la misma, es decir las condiciones de cumplimiento [...].”³⁴ De la observancia del principio de legalidad, dependerá los límites que deberán respetar los órganos administrativos encargados de la ejecución material de las penas a la hora de adoptar las distintas decisiones que se generan durante esta etapa, en otras palabras, al definirse con precisión el contenido de la pena y en tal sentido, de la relación jurídica entre el Estado y el condenado, se dejará fuera la discrecionalidad del Ejecutivo que pudiera conllevar modificaciones arbitrarias en las condiciones de cumplimiento de las penas.

Para la correcta realización del principio de legalidad, es necesario el debido control de la ejecución de la pena, buscando con ello que ésta y su contenido específico, preestablecido en la ley y por ende, conocido por todos, no sea modificado arbitrariamente por el órgano administrativo de ejecución.

En esta línea argumentativa, es indudable que durante la ejecución de la pena surgirán situaciones que hagan necesaria la toma de decisiones por parte del órgano administrativo de ejecución, siempre y cuando estas se

³⁴ Loc.cit.

enmarquen en lo prescrito por la ley y, con el debido respeto de los derechos fundamentales de los condenados. Es así como, para evitar los márgenes de arbitrariedad y desviación, se hace necesario el control judicial de la ejecución penal, de tal modo “la actividad desarrollada por la administración penitenciaria [...] tiene que estar sujeta al control de jueces y tribunales, en la medida de tener que velar para que no se produzcan desvíos en la ejecución penal por parte de las autoridades penitenciarias ni tampoco se lesionen o limiten derechos subjetivos de los reclusos (y *condenados a penas sustitutivas*) que la Ley garantiza.”³⁵ (Lo cursivo es agregado por mí).

Por consiguiente, el principio de judicialización durante la ejecución de la pena, se torna fundamental e imprescindible en vías de garantizar el respeto de los derechos fundamentales de los condenados, principalmente si pensamos en personas cuya libertad se encuentra absoluta o relativamente limitada, y por lo cual su vulnerabilidad frente al poder del Estado es evidente. Es tal su importancia, que no basta la mera declaración de que al

³⁵ RODRIGUEZ ALONSO, ANTONIO. 1997. Lecciones de derecho penitenciario: (adaptadas a la normativa legal vigente). Granada, Comares. p. 5.

juez le corresponde juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, si la actual situación de Chile y otros países es la carencia de un juez de ejecución especializado (problemática que será abordada en el capítulo respectivo), lo cual indudablemente va en contra de los presupuestos de un Estado de derecho, “Sin duda que la función jurisdiccional como función jurídica básica adquiere unas características singulares en el contexto del Estado constitucional de derecho. En estas condiciones, sólo es posible una caracterización en la función jurisdiccional a partir del principio axiológico que da sentido al Estado constitucional y en virtud del cual todo ordenamiento constitucional está orientado a la garantía efectiva de los derechos e intereses de los individuos.”³⁶

En suma, tanto la garantía de legalidad como la de judicialización, deben ser los principios inspiradores de la etapa procesal correspondiente a la de ejecución de la pena impuesta en la sentencia ejecutoriada que puso fin a la etapa declarativa del proceso penal, complementado sin duda con las garantías que hagan de esta etapa una fiel expresión de un debido

³⁶ PEÑA FREIRE, MANUEL. Citado en: UNIDAD DE DEFENSA PENITENCIARIA. Op. Cit. p. 10.

procedimiento. En tal sentido, el control judicial efectivo y eficaz requiere de la existencia de un juez independiente e imparcial, con un conocimiento mayor en asuntos de ejecución y, que no haya intervenido en etapas anteriores del procedimiento; a su vez, un debido procedimiento exige el respeto al derecho de defensa del condenado, de tal forma que no solo pueda ejercer los derechos que la Constitución Política de la República y las leyes concedan, sino también a contar durante esta etapa con una asesoría y defensa técnica,³⁷ el derecho a ofrecer y rendir prueba, y contradecir la prueba contraria, y el respeto a la presunción de inocencia (a modo de ejemplo se encuentra la situación del condenado a una pena sustitutiva de las contempladas en la Ley N° 18.216, a quien se le imputa el incumplimiento de alguna de las condiciones establecidas en la sentencia y que es sometido al procedimiento de mantención o revocación de la pena).

³⁷ KENDALL CRAIG, STEPHEN. 2010. Op. Cit. p. 192. Al respecto el autor señala que dicha garantía procesal se encuentra consagrada en los artículos 7, 93 letra b) y 102 del Código Procesal Penal que establece que el imputado tiene el derecho a contar con un abogado defensor desde la primera actuación del procedimiento hasta la completa ejecución de la sentencia. No obstante, el legislador al regular a la Defensoría Penal Pública, en el artículo 2° de la Ley 19718, al parecer olvidó establecer como finalidad de dicha institución, la defensa penal de los condenados.

A partir del siguiente capítulo de este trabajo, se describirá la situación de la Ley N° 18.216 y su comparación con el estado anterior a la modificación introducida por la Ley N° 20.603, lo que nos permitirá determinar cómo los principios o garantías procesales son observados tanto por el legislador como por la judicatura, tras la dictación de la sentencia condenatoria penal, a la luz de la ejecución de las penas sustitutivas de las penas privativas o restrictivas de libertad.

CAPÍTULO II

DE LAS MEDIDAS ALTERNATIVAS A LAS PENAS

SUSTITUTIVAS DE LAS PENAS PRIVATIVAS O RESTRICTIVAS

DE LIBERTAD.

La Ley N° 18.216 como cuerpo legal de regulación integra de sanciones alternativas a las penas privativas de libertad se encuentra vigente en Chile desde el año 1983. En dicha oportunidad el legislador estableció un catálogo reducido de medidas, que comprendía únicamente a la remisión condicional de la pena, la reclusión nocturna y la libertad vigilada; al respecto, no cabe duda que la dictación de la ley mencionada, más allá de su carácter restrictivo³⁸, fue un verdadero aporte en el establecimiento de un

³⁸ HOFER DENECKEN, MARÍA EUGENIA. 2003. 20 años de la aplicación de la ley N° 18.216. Boletín Jurídico del Ministerio de Justicia (4-5): 157-185. pp. 161-162. Al respecto la autora señala como en el año 1994 se conformó, por la ministra de justicia de la época Soledad Alvear, un equipo de trabajo para elaborar el primer anteproyecto de ley que ampliará el catálogo de penas alternativas. Agregar que posteriormente esta propuesta de cambio se reeditó a partir de 1997, cuando el Ministerio de Justicia suscribió un convenio con la Fundación Paz Ciudadana, con el objeto de desarrollar una completa propuesta que permitiera aumentar los niveles de viabilidad técnica y política de las medidas alternativas, estableciéndose al respecto un nuevo catálogo de sanciones que incluyera por ejemplo a la suspensión condicional de la pena, trabajo en beneficio de

sistema de medidas alternativas que permitía al ordenamiento jurídico nacional avanzar en la misma dirección que los sistemas comparados.

Lo anterior, no significa que la aplicación misma de la Ley N° 18.216 no haya enfrentado diversos problemas a la hora de confrontar la realidad existente en la ejecución penal, siendo al respecto el primer obstáculo la carencia o ausencia de un plan de financiamiento que permitiera una correcta y eficaz implementación de las medidas establecidas por la ley. Sumado a ello, quizás la dificultad fundamental que afrontó el texto original de la Ley N° 18.216 fue la percepción que se tenía de este nuevo sistema, tanto de los operadores como de la comunidad en general, y ello no deja de ser relevante a la hora de analizar la eficacia en su implementación, al respecto resulta ilustrador lo señalado por María Eugenia Hofer al señalar que “una de la claves del éxito en el ámbito de la aplicación de las penas alternativas a la reclusión, es que lo operadores del denominado sistema de justicia y la ciudadanía en general tengan confianza en que estas sanciones funcionen con efectividad, en el sentido que obtengan los resultados

la comunidad arresto de fin de semana, reclusión nocturna, libertad vigilada y libertad restringida.

esperados de control, de reinserción social y no reincidencia de las personas a las cuales se les aplican.”³⁹

En relación a esto último, la falta de credibilidad que generaba el cumplimiento de estas medidas en la opinión pública, a consecuencia de la ausencia de un real control del cumplimiento del contenido de cada una de estas medidas, fue generando un ambiente de desconfianza en el otorgamiento de las mismas, lo que directamente influía en el momento en que el órgano jurisdiccional decidiera concederlas o no. Tal percepción de falta de control, sumado a la concepción arraigada de la pena asociada a la cárcel, no dejaba más que relacionar que cualquier sanción distinta de la privación total en un recinto penitenciario no era más que un beneficio para el condenado, percepción de las medidas que el mismo legislador y la jurisprudencia termino adoptando, olvidando el carácter punitivo de cada una de las “medidas” impuestas al condenado, en donde, más allá de las

³⁹ HOFER DENECKEN, MARÍA EUGENIA. 2012. La nueva versión de la ley 18.216 sobre penas sustitutivas a la reclusión y el propósito de la reinserción social. [en línea] Revista de derecho penitenciario, septiembre – noviembre de 2012, numero 2. Disponible en: <http://www.umayor.cl/facultad-derecho/wp-content/uploads/2013/12/Derecho-Penitenciario-2.pdf>.> [consulta: 09 octubre 2014]. p. 18.

diferencias lógicas en cuanto a la entidad respecto a la privación de libertad, no deja de constituir “[...] una restricción de bienes jurídicos, impuesta conforme a la ley por los órganos jurisdiccionales, al culpable de una infracción penal”⁴⁰.

Es este contexto el que explica que el legislador en la Ley N° 20.603 sustituyera la concepción que tenía de las medidas establecidas en la Ley N° 18.216, reforzando su carácter punitivo; siendo ello, uno de los pilares fundamentales que inspiraron la reforma radical al sistema de penas alternativas o sustitutas. En suma, cabe agregar, que la nueva denominación dada por la Ley N° 20.603 de “penas sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad”, permite deducir de inmediato dos conclusiones, la primera de ellas, es la ya mencionada concepción de penas de las antiguas medidas; y la segunda, el reconocimiento de sustitutas de las penas de la Ley N° 18.216, lo que implica que al abandonar su carácter de alternativas, es decir, del hecho de que no constituyen penas autónomas diferentes a la prisión, y cuyo incumplimiento acarrea necesariamente la imposición de la pena privativa de libertad primitivamente impuesta, avanzando a su actual

⁴⁰ GARCÍA VALDÉS, CARLOS. Op. Cit. p. 383.

carácter sustitutivo, que implica su independencia de la prisión originalmente impuesta, de manera que su incumplimiento acarrea únicamente la imposición del saldo de pena no cumplido.⁴¹

Es a partir de lo señalado, que en lo siguiente describiré el nuevo catálogo de las penas sustitutivas y cómo éstas responden en la *praxis*, a las finalidades perseguidas con la modificación legal objeto de este trabajo, y en definitiva, determinar si éstas se adscriben a los presupuestos propios de un Estado de Derecho inspirador de nuestro proceso penal.

1. PRINCIPIOS RECTORES DE LA LEY N° 20.603.

La Ley N° 20.603 entró en vigencia el 27 de diciembre de 2013, tras publicarse las adecuaciones efectuadas al Decreto Supremo N° 1.120 – Reglamento de la Ley N° 18.216-, con la salvedad de la implementación gradual del monitoreo telemático y de la llamada pena mixta.

Es indudable reconocer que la ley mencionada, es la única gran modificación que ha experimentado el sistema de penas sustitutivas desde

⁴¹ MATUS ACUÑA, JEAN PIERRE. 2003. Medidas alternativas a las penas privativas de libertad en una futura reforma penal chilena. Boletín Jurídico del Ministerio de Justicia (4-5). p. 191.

su establecimiento de manera sistemática en el año 1983, aun cuando su implementación y ejecución no ha estado fuera de críticas –como ya lo he mencionado reiteradamente- y en tal sintonía, no fueron pocos los intentos legislativos de introducción de modificaciones; entre las se encuentra: el proyecto presentado el 04 de enero de 2007 que buscaba eliminar como requisito de procedencia el pago de las indemnizaciones civiles y costas (Boletín: 4799-07), en enero de 2008 se presentó un proyecto que buscaba garantizar el cumplimiento efectivo de las penas alternativas (Boletín: 5716-07), el proyecto ingresado en abril de 2008 en la que se pretendía restringir la aplicación del cumplimiento insatisfactorio (Boletín: 5813-07) y en la misma línea se procuró esclarecer la situación del incumplimiento insatisfactorio en la reclusión nocturna en septiembre del mismo año (Boletín: 6073-07), en enero del año 2009 se buscó modificar el sistema de recursos en materia de penas sustitutivas (Boletín: 6342-07) y de igual manera se intentó introducir el control electrónico de las penas sustitutivas ya desde el año 2009 (Boletín: 6613-07)⁴², en otros intentos de modificaciones que no vieron la luz de la vida jurídica.

⁴² Ver Boletines legislativos en: HONORABLE CÁMARA DE DIPUTADOS. 2015. [en

Es en razón de lo anterior, la importancia que reviste la Ley N° 20.603, que ha sido la única que ha podido plasmar los deseos de cambio y la satisfacción de las nuevas necesidades políticas, sociales y culturales de nuestro país; ahora bien, siempre y cuando esta constituya un primer paso en un proceso de reforma integral al sistema de penas sustitutivas a la privación de libertad.

Los autores nacionales son contestes en establecer las finalidades perseguidas con las modificaciones introducidas por la Ley N° 20.603 y a partir de ello determinar los principios que inspiran la regulación en esta materia. Al respecto es posible señalar que se contempla como nuevos objetivos, el control efectivo de las penas sustitutivas, el favorecimiento de la reinserción social de los condenados, el uso racional de la privación de libertad y la mejor protección a las víctimas.⁴³

En cuanto al control efectivo de las penas sustitutivas, este objetivo se subsume en la necesidad más amplia de fortalecer y profundizar el carácter

línea] <<http://www.camara.cl/>> [consulta: 02 diciembre 2014].

⁴³ DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS DEFENSORÍA NACIONAL. 2014. Penas sustitutivas de la ley N° 18.216. Minuta N°2/2014/Enero. Santiago, Defensoría Penal Pública. pp. 5-7.

punitivo de estas alternativas a las penas privativas de libertad, pretendiendo a través de ello abandonar su comprensión de “beneficios” y avanzar hacia el reconocimiento de su dimensión lesiva como “penas”. A mayor abundamiento, este fortalecimiento del carácter punitivo no se reduce meramente a efectuar un guiño a la ciudadanía tendiente a reestablecer las confianzas en la ejecución de estas penas, sino que es la respuesta a una máxima fundamental de un Estado democrático de derecho, al respecto “Esta orientación humanista y garantista de los derechos humanos de las personas penadas, configura un importante elemento de distinción entre un Estado autoritario y un Estado democrático, pues mientras el primero usa su poder punitivo como primera medida para reprimir conductas delictuosas, el segundo se asegura de que el *ius puniendi* y las penas privativas de libertad se utilicen como últimos recursos, después de que quede plenamente establecido que el uso de otros mecanismos resultan insuficientes para sancionar las conductas delictivas más graves que afecten bienes jurídicos de la más alta importancia.”⁴⁴ Es lo anterior lo que explica en definitiva, la introducción de nuevas tecnologías en el

⁴⁴ ESCOBAR GIL, RODRIGO. 2011. Medidas sustitutivas a la pena de privación de la libertad. Revista de derecho y humanidades (18). p. 47.

control de algunas de las penas sustitutivas, el establecimiento de audiencias de control obligatorio de la libertad vigilada y la libertad vigilada intensiva, y la derogación de la tan criticada figura del “cumplimiento insatisfactorio”; siendo en suma, todas estas modificaciones expresión clara de la necesidad de establecer un sistema de penas sustitutivas eficaces y acorde con un Estado de derecho.

Un segundo objetivo, dice relación con favorecer de manera real la reinserción social de los condenados, finalidad que mediante la imposición como regla general de la prisión pareciera estar fuera de los objetivos del legislador, y que con la introducción de un nuevo catálogo de penas sustitutivas que permite incluir una mayor intervención de la comunidad en la gestión de la justicia penal, pareciera avanzar en este sentido.⁴⁵

⁴⁵ Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad (Reglas de Tokio), aprobadas por la Asamblea General de la ONU mediante resolución N° 45/110. 14 de diciembre de 1990. Contiene el principio de la mayor participación de la comunidad mediante el siguiente texto:

“17.1 La participación de la sociedad debe alentarse pues constituye un recurso fundamental y uno de los factores más importantes para fortalecer los vínculos entre los delincuentes, sometidos a medidas no privativas de libertad y sus familias y la comunidad. Deberá complementar la acción de la administración de la justicia penal.”

El tercer objetivo mencionado, se refiere al uso racional de la privación de libertad, cuyo principio rector en esta materia impone una carga en el juez a la hora de determinar la pena que debe imponerse en la sentencia condenatoria, evaluando al respecto si es necesario para lo fines perseguidos con el ejercicio del *ius puniendi* la privación de libertad del condenado o por el contrario basta para ello una pena sustitutiva, porque en esta última situación “deberá preferirse el uso de estas medidas sustitutivas, pues significa que la restricción de la libertad no es necesaria y estas medidas resultarían menos gravosas sobre los derechos de las personas condenadas penalmente, facilitando su resocialización, al mismo tiempo que se garantiza la protección a la sociedad.”⁴⁶ Es esta finalidad la que tangencialmente toma contacto con sub-finalidades relacionadas con disminuir el hacinamiento de las cárceles y en general, los problemas referentes al encarcelamiento masivo; problema sin embargo, mucho más profundo, cuya solución no está simplemente en fortalecer las penas sustitutivas, si no viene acompañado de una reforma al sistema carcelario chileno, tema que desborda los límites de este trabajo.

⁴⁶ ESCOBAR GIL, RODRIGO. Op. Cit. p. 45.

Por último cabe mencionar la intención del legislador de dar una mejor protección a las víctimas, situación que quedaría reflejada en la introducción de mayores controles en la ejecución de las medidas, evitando con un ello un acercamiento del condenado a la víctima y la necesidad de citar a ésta a la audiencia del artículo 343 del Código Procesal Penal.

Tras haber descrito de manera sucinta los principales principios que inspiran el nuevo régimen de penas sustitutivas, a partir de la siguiente sección de este capítulo, analizaré si las modificaciones introducidas efectivamente apuntan a tales objetivos, particularmente en el momento de la determinación de procedencia de estas penas.

2. PENAS CONTENIDAS EN LA MODIFICADA LEY N° 18.216.

Luego de múltiples discusiones en la tramitación legislativa, sumado a indicaciones que procuraron alterar sustancialmente la propuesta original del proyecto de modificación de la Ley N° 18.216 presentado el 31 de marzo de 2008, una de las ideas fundamentales de la modificación al sistema de penas sustitutivas que trascendió, fue la ampliación y diversificación del catálogo de este tipo de penas, más allá de que estas

nuevas formas de respuesta penal fueran modificándose durante el curso de la formación de la Ley N° 20.603 en relación a las originalmente propuestas. Esta evolución de la Ley N° 18.216 es concordante con la situación que se experimenta en el derecho comparado y con las exigencias establecidas en los instrumentos internacionales, en donde “si bien no existe un catálogo cerrado que enumere las medidas sustitutivas a la pena de privación de libertad que se pueden utilizar, las Reglas de Tokio enuncian una serie de medidas sustitutivas, sin perjuicio de que los diferentes Estados diseñen y ejecuten otro tipo de medidas, de acuerdo a sus necesidades sociales y políticas o a la naturaleza y gravedad del delito y personalidad del delincuente.”⁴⁷

A continuación describiré las penas sustitutivas contenidas en la modificada Ley N° 18.216, distinguiendo entre aquellas existentes con anterioridad a la Ley N° 20.603 y las nuevas penas introducidas por ésta, enfocando dicha descripción en los requisitos objetivos y subjetivos

⁴⁷ *Ibíd.* p. 46. Entre las que señala el autor es posible mencionar: sanciones económicas y penas en dinero, restitución o indemnización a la víctima, suspensión de la sentencia, imposición de servicios a la comunidad, obligación de acudir regularmente a un centro determinado, arresto domiciliario, entre otras.

establecidos para su procedencia, terminando con un análisis crítico del tratamiento de los mismos.

2.1. Penas sustitutivas tradicionales.

Dentro del nuevo catálogo de penas sustitutivas introducidas por la Ley N° 20.603, se encuentran algunas que ya son reconocidas en el texto no reformado de la Ley N° 18.216, pero que sin embargo, fueron objeto de novedosas modificaciones. En este sentido, el artículo 1° de la Ley N° 18.216 establece como penas sustitutivas la remisión condicional, la reclusión parcial (sucesora de la reclusión nocturna) y la libertad vigilada.

a. Remisión Condicional.

La remisión condicional se encuentra regulada entre los artículos 3 y 5 de la Ley N° 18.216. A partir de dichas normas, es posible establecer que la pena sustitutiva de remisión condicional consiste en la “sustitución de la pena privativa de libertad inicialmente impuesta” por la discreta observación y asistencia del condenado por Gendarmería de Chile, durante el tiempo establecido en la respectiva sentencia judicial.

Según lo anterior, se afirma que esta pena “es esencialmente de control y asistencia y está radicada en el medio natural del sujeto, porque su objetivo principal es la recuperación social efectiva de la persona y, en consecuencia, se le concibe como una manera de disminuir la probabilidad de reincidencia delictual.”⁴⁸ Es por ello, que el contenido mismo de esta pena determinado *ex ante* por el legislador, se enfoca en la obligación del condenado de residir en un lugar determinado, estar sujeto a un control administrativo y desarrollar una actividad remunerativa (salvo que tuviera la calidad de estudiante). En este sentido, la característica diferenciadora de la remisión condicional, no es otra que el control del condenado, permitiendo que desarrolle su vida con la mayor normalidad posible, sujeto a ciertas condiciones mínimamente intrusivas, pero careciendo de una intervención mediante programas de reinserción social, “Esta pena sólo impone el control del cumplimiento de las condiciones impuestas al condenado, sin intervención psicosocial adicional ni privación de libertad

⁴⁸ HOFER DENECKEN, MARÍA EUGENIA. 2008. Medidas alternativas a la reclusión en Chile. [en línea] Conceptos (Fundación Paz Ciudadana), febrero de 2008, número 4. Disponible en: <http://www.pazciudadana.cl/wp-content/uploads/2013/07/2008-02-01_Conceptos-N%C3%82%C2%BA-4-Medidas-alternativas-a-la-reclusi%C3%83%C2%B3n.pdf> [consulta: 09 octubre 2014]. p. 4.

parcial. [...] y en consecuencia, constituye en abstracto la pena sustitutiva menos gravosa para los condenados.”⁴⁹ Es este enfoque el que explica en parte, que aun cuando se trata de una pena de larga data, hoy casi ya no existe en la mayoría de los sistemas comparados, reconociéndose quizás únicamente como institución similar la “suspensión simple” del Código Penal francés de 1992⁵⁰ y la *Suspended Sentence* de la Ley de Justicia Criminal de Inglaterra.⁵¹

Para la imposición de esta pena por parte del Juez en la sentencia condenatoria, es necesario que se verifiquen tanto requisitos objetivos como subjetivos. Respecto a los primeros, el legislador establece que es necesario que el hecho delictivo sea de escasa o mediana gravedad y peligrosidad, en tanto que la pena privativa o restrictiva de libertad inicialmente impuesta no sea superior a 3 años y que el condenado no sea reincidente (cuya condena anterior sea por crimen o simple delito) o que haya operado la regla de la

⁴⁹ DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS DEFENSORÍA NACIONAL. Op. Cit. p. 14.

⁵⁰ MATUS ACUÑA, JEAN PIERRE. 2003. Op. Cit. p. 192.

⁵¹ JUSTE P., MARÍA ANTONIA; MERTZ K., CATALINA y MERY N., RAFAEL. 1998. Medidas alternativas a la reclusión: la experiencia de Chile, España, Estados Unidos e Inglaterra. Santiago, Fundación Paz Ciudadana. p. 39.

caducidad de la reincidencia; pero además es necesario la concurrencia de elementos de carácter subjetivo, que la Ley señala como antecedentes personales, conducta anterior y posterior al hecho, y la naturaleza, modalidades y móviles determinantes del delito, los cuales permitan presumir que no volverá a delinquir y, que estas circunstancias sumado al carácter primerizo del condenado demuestren la innecesaridad de la ejecución efectiva de la pena o de una intervención.

De lo dicho, queda de manifiesto que esta pena sustitutiva no es radicalmente distinta a la medida alternativa de remisión condicional de la pena, salvo lógicamente en su naturaleza jurídica, donde ya no consiste en una medida de suspensión de la pena, y por ende, su incumplimiento no acarrea la imposición de la pena privativa de libertad originalmente impuesta. En este sentido, erróneamente el legislador conservó el nombre original establecido en la Ley N° 18.216, dado que según lo señalado, difícilmente puede actualmente ser considerado como un “perdón condicionado” de la pena.

b. Reclusión parcial.

La pena sustitutiva de reclusión parcial, sucesora de la medida de reclusión nocturna, ha sido entendida como aquella sanción penal por medio de la cual se limita la libertad personal del condenado, debiendo permanecer en su residencia o en su defecto, en establecimientos especiales durante el tiempo establecido por la ley, en otras palabras, es aquella pena que consiste en el encierro del condenado preferentemente en su residencia o en su defecto en establecimientos especiales durante cincuenta y seis horas semanales, cumpliéndose éste en la jornada establecida por el Tribunal en la sentencia condenatoria, pudiendo ser diurno (encierro exclusivamente en el domicilio del condenado por ocho horas continuas, entre las 8 y 22 horas), nocturna (encierro preferentemente en el domicilio del condenado o en su defecto en establecimientos especiales por ocho horas continuas, entre las 22 horas y las 6 horas del día siguiente) o de fin de semana (encierro preferentemente en el domicilio del condenado o en su defecto en establecimientos especiales por cincuenta y seis horas continuas, entre las 22 horas del día viernes y las 6 horas del día lunes siguiente).

En cuanto a los requisitos objetivos para que opere la hipótesis legal de sustitución de la pena privativa o restrictiva de libertad impuesta por la reclusión parcial, es necesario que la primera no sea superior a 3 años y que el sujeto que opta a esta pena no haya sido condenado anteriormente por crimen o simple delito o si lo fue, que la condena no haya excedido de dos años, independiente de si fue una o más, siempre que se respete este límite, salvo que opere la regla de la caducidad de la reincidencia. Desde el punto de vista de las exigencias subjetivas, el legislador establece la necesidad de concurrencia de antecedentes que justifiquen esta pena y permitan presumir que lo disuadirá de cometer nuevos delitos, entre ellos antecedentes laborales, educacionales y similares y; antecedentes personales, conducta anterior y posterior al hecho, y la naturaleza, modalidades y móviles determinantes del delito, los cuales en conjunto deben converger hacia la finalidad señalada.

La regulación actual de esta pena, contenida entre los artículos 7 al 9 de la Ley N° 18.216, no presenta una diferencia sustancial con su antecesora la reclusión nocturna, sin ánimo de desconocer el establecimiento de modalidades adicionales al carácter nocturno de la medida y el preferir

como lugar de cumplimiento el domicilio del condenado; lo cual permite evitar los riesgos asociados al contacto obligado con la población penal privada de libertad al no existir necesariamente criterios de segmentación al interior de los establecimientos penitenciarios y, evitar en ultimo termino los altos niveles de estrés asociados al hecho de concurrir diariamente a la cárcel,⁵² permitiendo en definitiva al condenado a esta pena sustitutiva, un desarrollo de su vida en un marco de mayor normalidad posible dentro de la sociedad. Ahora bien, la razón de lo señalado, es que la naturaleza jurídica de la reclusión parcial no es distinta a la que tenía la reclusión nocturna, dado que más allá de su ubicación dentro de las llamadas “medidas alternativas”, la doctrina siempre fue conteste en reconocer su carácter punitivo, lo que el legislador también reconoció en el artículo 9 de la Ley N° 18.216, que lógicamente no fue modificado, en el sentido de computar cada noche de reclusión como un día de privación o restricción de libertad en caso de ser necesario para efectos de abonar el cumplimiento tras una revocación o sustitución de la pena sustitutiva. Sin embargo, lo delicado de este tratamiento similar a la reclusión nocturna, es la no modificación de

⁵² HOFER DENECKEN, MARÍA EUGENIA. 2008. Op. Cit. p. 6.

elementos esenciales en los requisitos objetivos y subjetivos de procedencia, situación idéntica a la pena anterior ya descrita y a la que se describirá posteriormente, y que en el acápite respectivo se señalará las consecuencias prácticas del mismo.

Por último cabe señalar, que la pena de reclusión parcial encuentra sus antecedentes en el denominado arresto domiciliario, tal como es conocido en el derecho anglosajón (“*curfew orders*”) o en el Código Penal Español⁵³ de 1995, siendo la principal diferencia con la figura establecida en la legislación chilena, el carácter doble que tiene en estos sistemas, tanto de pena principal como de pena sustitutiva.

c. Libertad vigilada simple.

La libertad vigilada ha sido entendida tradicionalmente como un sometimiento del condenado a un régimen de libertad a prueba tendiente a

⁵³ JUSTE P., MARÍA ANTONIA; MERTZ K., CATALINA y MERY N., RAFAEL. Op. Cit. pp. 98-101. Al respecto se señala que “el arresto de fin de semana es una pena privativa de libertad consistente en la permanencia del condenado en un establecimiento penitenciario o en depósitos municipales durante el fin de semana, quedando en libertad el resto de la semana, o excepcionalmente otros días de la semana, de forma que pueda mantener sus vínculos familiares, sociales y laborales.”

su reinserción social mediante un plan completo de intervención, en tal sentido se ha afirmado que es la pena sustitutiva más compleja y selectiva dentro de las ya mencionadas, lo que explica en gran medida su mayor desarrollo legal desde su introducción en el sistema chileno con la Ley N° 18.216.

Es así como, “La libertad vigilada se caracteriza por mantener al usuario en un *régimen de libertad*, quedando éste permanentemente vinculado a un delegado de libertad vigilada, con el cual debe pactar, de común acuerdo, un programa de acciones destinadas a su reinserción social. Esto sin perjuicio del deber del usuario de cumplir las condiciones impuestas por el Tribunal en la sentencia. El *tratamiento en el medio libre* a que queda sujeto el usuario es definido legalmente como un proceso sistemático de *reinserción* del condenado a su medio natural, mediante acciones de carácter individual, familiar y comunitario social, tendientes a eliminar o reducir el *daño psicosocial* que presente y, de esta forma, las causas que le condujeron a la comisión del delito, disminuyendo así las probabilidades de reincidencia.”⁵⁴ Es esta conceptualización recién citada, la que permite

⁵⁴ *Ibíd.* p. 148.

demostrar que la libertad vigilada es considerada la pena sustitutiva de mayor relevancia dentro de la reforma llevada a cabo mediante la Ley N° 20.603, principalmente debido a que, es aquella la que manifiesta en mayor medida el objetivo de reinserción social a través del proceso de tratamiento que implica, siendo por ende, dentro de las penas sustitutivas que en este trabajo se ha denominado tradicionales, la que fue objeto de mayores modificaciones.

Al respecto, es importante señalar que la mayor innovación que se introdujo a la libertad vigilada, fue subdividirla en dos penas sustitutivas distintas, a partir de la necesidad de una mayor o menor intensidad del programa individual de intervención del condenado. De este modo surgió la libertad vigilada simple o simplemente tal y la libertad vigilada intensiva. En cuanto a la primera, es la que mayor similitud tiene con la libertad vigilada anterior a la reforma de las penas sustitutivas, conceptualizándose legalmente en el artículo 14 de la Ley N° 18.216 como aquella pena que “consiste en someter al penado a un régimen de libertad a prueba que tenderá a su reinserción social a través de una intervención individualizada (se eliminó del texto original la referencia a un tratamiento intensivo para

diferenciarlo de la nueva variante de la libertad vigilada intensiva) bajo la vigilancia y orientación permanentes de un delegado.”

La determinación de la procedencia de este tipo de libertad vigilada de menor intensidad y no de la libertad vigilada intensiva, está determinado por la cuantía de la pena, dado que requiere que la pena privativa o restrictiva de libertad a sustituir sea superior a dos años e inferior a tres o superior a quinientos cuarenta días y no mayor a tres años en casos de microtráfico y manejo en estado de ebriedad con resultado de muerte, lesiones graves gravísimas, simplemente graves o menos graves. En relación al otro requisito objetivo y al requisito subjetivo, es común con lo exigido en la libertad vigilada intensiva, siendo respecto al primero la no reincidencia por crimen o simple delito, salvo que opere la caducidad de las condenas anteriores; y respecto al segundo, que los antecedentes sociales y características de personalidad del condenado, su conducta anterior y posterior al hecho punible y la naturaleza, modalidades y móviles determinantes del delito permitan concluir que una intervención individualizada, aparece eficaz en el caso específico, para su efectiva reinserción social.

Una segunda novedad, apunta a las obligaciones que se imponen al condenado a libertad vigilada simple, sumada a las ya tradicionales condiciones de residencia en un lugar determinado, sujeción a la vigilancia y orientación permanente de un delegado y la eventual obligación de ejercicio de una profesión, oficio, empleo, arte, industria o comercio en caso de carecer de medios conocidos y honestos de subsistencia y no ser estudiante. Se agrega, la obligación de asistir a programas de tratamiento de rehabilitación de consumo problemático de drogas o alcohol cuando se cumplan las circunstancias prescritas⁵⁵ en el artículo 17 bis de la Ley N°

⁵⁵ MINISTERIO DE JUSTICIA, DIVISIÓN DE REINSERCIÓN SOCIAL. 2012. Material para capacitación, nueva Ley N° 18.216. Santiago, Ministerio de Justicia. p. 56. “Sólo se puede decretar un tratamiento si existe una evaluación médica que así lo determine, no bastando la sola apreciación del tribunal. Esto, por cuanto el tratamiento es por presentar un consumo problemático, lo que obedece a un diagnóstico médico, cuya concurrencia es requisito para decretar esta condición adicional. [...] Para proceder a esta evaluación diagnóstica previa, deben solicitarlo los intervinientes previamente. No obstante, dos restricciones se han contemplado en este punto. En primer lugar, sólo lo pueden pedir los intervinientes durante la etapa de investigación. El motivo de esta limitación obedece a impedir que esta diligencia surja como estrategia meramente dilatoria, llegando a impedir, por ejemplo, el normal desarrollo de un juicio oral. La segunda limitación consiste en una evaluación previa que hace el tribunal, en el sentido de que para proceder favorablemente a la realización del examen se debe contar con antecedentes que permitan al menos presumir un consumo problemático. Esto se

18.216, que si bien no es una institución nueva en nuestro ordenamiento jurídico, siendo reconocida ya en la Ley N° 20.000 en su artículo 50 b), no fue un tema pacífico su introducción como obligación eventual en la libertad vigilada, particularmente por su mayor similitud a una medida de seguridad que a una pena propiamente tal⁵⁶, lo que conllevó múltiples discusiones en su tramitación legislativa y varias modificaciones antes de llegar a su texto definitivo.

2.2. Penas sustitutivas introducidas por la Ley N° 20.603.

La ampliación del catálogo de penas sustitutivas, desde la presentación del proyecto original en el año 2008, estuvo dentro de las prioridades de la reforma, aun cuando las fuerzas políticas no se aunaban en qué tipo de penas se deseaban introducir como sustitutivas de las privativas o restrictivas de libertad. Es así como fueron objeto de discusiones

fundamenta en el hecho de que, al requerirse la intervención de otros profesionales para la realización de estas diligencias, se debe ser cauteloso en la realización de los mismos, no incrementando injustificadamente la demanda de estas diligencias, lo que conllevaría a su inaplicabilidad finalmente.”

⁵⁶ POLITOFF LIFSCHITZ, SERGIO, MATUS ACUÑA, JEAN PIERRE y RAMÍREZ, MARÍA CECILIA. 2003. Lecciones de Derecho Penal Chileno. 2 ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. v1. p. 551.

legislativas penas como la reparación del daño, la prestación de servicios en beneficio de la comunidad, la libertad vigilada intensiva y la expulsión de extranjeros no residentes legalmente en el país; introduciéndose y quitándose sucesivamente en las distintas etapas de la formación de la Ley N° 20.603, quedando en definitiva conformado por las siguientes:

a. Libertad vigilada intensiva.

De la libertad vigilada intensiva es posible afirmar que es la versión agravada de la libertad vigilada, en cuanto al tratamiento individual y personalizado del condenado a ella tendiente a su reinserción social, lo que se traduce en una mayor gama de obligaciones que es posible de imponer por el delegado de libertad vigilada intensiva a partir del plan de intervención individual aprobado judicialmente. Es en este sentido, que el legislador señala que consiste en la sujeción del condenado al cumplimiento de un programa de actividades orientado a su reinserción social en el ámbito personal, comunitario y laboral, a través de una intervención individualizada y bajo la aplicación de ciertas condiciones especiales que serán vigiladas y orientadas permanente y rigurosamente, por un delegado.

De este modo, la libertad vigilada intensiva ha sido establecida para aquellos condenados que pudiendo optar a una pena de cumplimiento en el medio libre, requieren a su vez un mayor control para garantizar la eficacia de la misma, es por ello que además de las condiciones generales y eventuales generales que se imponen a todo condenado a la pena de libertad vigilada –y que ya fueron señaladas al describir la libertad vigilada simple– se debe imponer una o más de las siguientes obligaciones: prohibición de acudir a determinado lugares; prohibición de acercarse a la víctima o sus familiares o las personas que determine el juez; obligación de mantenerse en el domicilio o lugar que determine el juez por el lapso establecido en la ley o la obligación de cumplir programas formativos, laborales, culturales o similares.

Ahora bien, la principal novedad introducida para garantizar el efectivo control del cumplimiento de algunas de las condiciones anteriores, es la posibilidad respecto a ciertos delitos, de que este sea realizado mediante medios telemáticos, o en otras palabras, mediante el brazalete electrónico, que en el capítulo respectivo será descrito con mayor detalle.

Para que el juez penal pueda sustituir la pena privativa o restrictiva de libertad impuesta por la libertad vigilada intensiva, es necesario que se cumpla con los mismos requisitos de procedencia de la libertad vigilada simple, con la única salvedad de la cuantía de la pena, dado que se exige que la pena originalmente impuesta sea superior a tres años e inferior a cinco o, superior a quinientos cuarenta días y no mayor a cinco años respecto a ciertos delitos⁵⁷.

b. Prestación de servicios en beneficio de la comunidad.

La prestación de servicios en beneficio de comunidad o trabajos comunitarios, no es una figura jurídica nueva en el ordenamiento jurídico chileno como pudiera parecer, de tal modo que el legislador ya la instituía

⁵⁷ MINISTERIO DE JUSTICIA, DIVISIÓN DE REINSERCIÓN SOCIAL. Op. Cit. pp. 39-40. “Homicidio simple y calificado (art. 391 CP), Amenazas (arts. 296 y 297 CP), Parricidio (art. 390 CP), Castración (art. 395 CP), Otras mutilaciones (art. 396 CP), Lesiones graves y menos graves (arts. 397, 398 y 399 CP), Estupro (art. 363 CP), Abuso sexual agravado por la introducción de objetos (365 bis CP), Abuso sexual (art. 366 CP), Abuso sexual respecto de persona menor de 14 años (art. 366 bis y 366 quáter CP), Participación en la producción de material pornográfico en que hayan sido utilizados menores de 18 años (366 quinquies), Facilitación o promoción de la prostitución de menores de edad (art. 367 CP), Obtención de servicios sexuales de menor de 18 años y mayor de 14 años (art. 367 ter CP) y Tráfico de personas (Art. 411 ter CP).”

dentro de la Ley N° 20.000 que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes o sustancias sicotrópicas, particularmente en el artículo 50 letra c), siendo establecido como una pena principal para aquel que incurriere en la falta consistente en el consumo de drogas o sustancias estupefacientes o sicotrópicas en lugares públicos o abiertos al público; del mismo modo, se encuentra contemplada desde el año 2005 en el catálogo de penas aplicables a los adolescentes por infracción a la ley penal, de acuerdo a los términos de la Ley N° 20.084. En este sentido, la introducción de la prestación de servicios en beneficio de la comunidad como pena sustitutiva no fue una novedad, sino un adecuación de la legislación chilena a lo que el derecho comparado ya había reconocido, permitiendo con ello una aplicación general de esta pena, no solo como pena sustitutiva de las penas privativas o restrictivas de libertad en el texto de la Ley N° 18.216, sino también como sustitutiva de la pena de multa al ser introducida en los artículos 49 a 49 sexies del Código Penal.

De acuerdo al texto legal, esta pena sustitutiva consiste en la realización de actividades no remuneradas⁵⁸ a favor de la colectividad o en beneficio de personas en situación de precariedad, coordinadas por un delegado de Gendarmería de Chile, en donde dichas actividades deben ser realizadas en proporción de cuarenta horas por cada treinta días de la pena de privación de libertad sustituida, distribuida de tal modo que no se extienda por más de ocho horas diarias, sin perjuicio de que pueda establecerse jornadas que permitan compatibilizarse con un régimen de estudio o trabajo del condenado; en otras palabras, se ha dicho que “los trabajos en beneficio de la comunidad consisten en la prestación de cooperación personal voluntaria y no retribuida en determinadas actividades de utilidad pública, con interés social y valor educativo, tendiente a servir de reparación para la comunidad

⁵⁸ DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS DEFENSORÍA NACIONAL. Op. Cit. p. 65. Se señala que “Estas actividades serán entre otras, el mantenimiento del ornato y aseo, la reparación de bienes y espacios públicos, labores de cooperación con organizaciones públicas o privadas reconocidas por el Estado que desempeñan actividades asistenciales, labores de reforestación, instalación de señal ética vial, cooperación de actividades administrativas en la Municipalidades, y toda otra labor que tenga por objetivo mejorar la calidad de vida o las condiciones de los servicios a la comunidad o parte de ella.”

perjudicada por el ilícito penal y no supeditada al logro de intereses económicos.”⁵⁹

La procedencia de esta pena sustitutiva es facultativa para el juez, pudiendo imponerse únicamente en la sentencia condenatoria penal, cuando se verifiquen copulativamente tanto requisitos objetivos como subjetivos. Respecto a la primera categoría, la Ley exige que la pena privativa o restrictiva de libertad impuesta originalmente sea igual o inferior a trescientos días y que esta condena no sea por crímenes o simples delitos de la Ley N° 20.000 o sus antecesoras, pero también se requiere que no sea aplicable otra pena sustitutiva en atención a los antecedentes penales anteriores del condenado, es decir, en razón de su reincidencia, y además que sea la primera vez que se impone la pena de prestación de servicios en beneficio de la comunidad. En cuanto a los requisitos subjetivos, es menester que existan antecedentes laborales, educacionales o similares que justifiquen la pena, o si los antecedentes personales, conducta anterior y posterior al hecho, y la naturaleza, modalidades y móviles determinantes del delito permitan presumir que esta pena lo disuadirá de reincidir, o sea, la

⁵⁹ *Ibíd.* p. 104.

idoneidad de esta pena, puede justificarse por los primeros antecedentes o por los segundos. Por último y no por eso menos importante, es indispensable la concurrencia del elemento volitivo, en donde la voluntad del condenado de someterse a esta pena es lo que determina su naturaleza jurídica distinta de los trabajos forzados.

c. Expulsión de extranjeros no residentes legalmente en el país.

La expulsión como pena sustitutiva no estaba contemplada en el proyecto original del Ejecutivo para ser considerado dentro del nuevo catálogo de la Ley N° 18.216, sino que fue recién recogida mediante indicación presentada por el Gobierno en el año 2010. Quizás una de las principales razones que evitaron que fuera considerada desde el comienzo de la discusión legislativa, fueron las fuertes críticas que rodean esta figura jurídica, principalmente en cuanto a su naturaleza jurídica y el desprecio a la víctima del delito que implica su imposición.

El principal antecedente de la pena de expulsión de extranjeros no residentes legalmente, es la situación española, la que reconoce formalmente la expulsión como sustitución de una pena y también como

sustitución de una medida de seguridad en el Código Penal Español de 1995. Por su parte en el derecho chileno, también existe un reconocimiento a la expulsión con anterioridad a la Ley N° 20.603, aun cuando sea solo desde una óptica administrativa tendiente al control migratorio hacia y desde territorio nacional,⁶⁰ y en donde la particularidad es la exigencia del cumplimiento previo de la pena impuesta por la infracción respectiva, para luego operar la expulsión de territorio chileno, situación radicalmente distinta a lo que ocurre con la expulsión como pena sustitutiva.

En definitiva, la expulsión de extranjeros no residentes legalmente en Chile fue incorporado al catálogo de penas sustitutivas de la modificada Ley N° 18.216, en sus artículos 1 y 34. Siendo concebida como aquella

⁶⁰ SALINERO ECHEVERRÍA, SEBASTIÁN. 2011. La Expulsión de Extranjeros en el Derecho Penal. Una realidad en España, una posibilidad en Chile. [en línea] Revista de Política Criminal, Vol. 6, N° 11, Julio 2011. Disponible en: <www.politicacriminal.cl/Vol_06/n_11/Vol6N11A4.pdf> [consulta: 05 oct. 2014]. pp. 113-114. Entre estos casos típicos, se señala a los extranjeros que ingresen al país o intenten egresar de él. Valiéndose de documentos falsificados, adulterados o expedidos a nombre de otro persona o hagan uso de ellos durante su residencia; también se señala a los extranjeros que ingresen al país o intente egresar de él de manera clandestina y aquellos que continuaren residiendo en el país después de haberse vencido sus plazos de residencia legal.

sanción que implica, como su nombre lo dice, la expulsión del condenado extranjero no residente legalmente, en conjunto con la prohibición de regresar al país en un plazo de diez años contados desde la fecha de la sustitución de la pena.

La procedencia de la sustitución de la pena privativa o restrictiva de libertad por este tipo de pena es discrecional o facultativa para el juez, siempre y cuando concurran los requisitos de procedencia establecido por la Ley. Así, desde el punto de vista objetivo, es necesario que la pena privativa o restrictiva de libertad a sustituir no sea superior a cinco años, sumado a la exigencia formal de citar al Ministerio del Interior y Seguridad Pública, en aras de resguardar la seguridad nacional, independientemente de si concurre o no. Desde la óptica subjetiva, es necesario que el condenado tenga una calidad especial que no es otra que ser extranjero sin residencia legal en el país, concepto que no se encuentra definido legalmente, pero no obstante, existe una opinión unánime de considerar como tales a “aquellos que carecen de algún permiso de residencia en Chile, y que toda residencia reconocida por ley satisface plenamente el sentido literal de la expresión

“residente legal”.⁶¹ Estas son las únicas exigencias que establece el legislador, y en definitiva es posible afirmar que “poco importa si es primera vez que delinque, si es un reo habitual o no, si está enfermo, si es un toxicómano o cuáles son sus circunstancias personales y familiares o, finalmente, cual es el pronóstico de reinserción social que se deriva de su persona.”⁶²

Para finalizar la descripción de esta nueva pena sustitutiva introducida en el derecho chileno, sólo a modo referencial, en atención a que excede los objetivos de este trabajo, es necesario reiterar que esta pena es aquella que mayores resquemores generó en la discusión legislativa de la Ley N° 20.603, principalmente por las diferencias existentes respecto a la naturaleza jurídica propia de la expulsión de extranjero sin residencia legal,

⁶¹ DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS DEFENSORÍA NACIONAL. Op. Cit. p. 72. En el estudio se señala que comprende a los “residentes oficiales”, a los “residentes sujeto a contrato”, a los “residentes estudiantes”, a los “residentes temporario” y a los “asilados políticos y refugiados”. En tal sentido, es plausible no considerar como residente legal a los turistas.

⁶² MUÑOZ LORENTE, JOSÉ. 2004. La expulsión del extranjero como medida sustitutiva de las penas privativas de libertad: el artículo 89 del CP tras su reforma por la ley orgánica 11/2003. Citado en: SALINERO ECHEVERRÍA, SEBASTIÁN. Op. Cit. p. 129.

posturas que han oscilado entre quienes sostienen su carácter de pena, otros de medida de seguridad, hay quienes apuntan a un carácter híbrido penal-administrativo de la misma, y finalmente quienes afirman su carácter de renuncia al *ius puniendi*. Si bien, es una discusión que no se ha agotado con el hecho de encontrarse regulada actualmente en la Ley N° 18.216, y aún más, pretendiéndose negar el carácter de pena sustitutiva en atención a que el legislador prefirió denominar el párrafo que contiene la regulación de la expulsión como “De la regla especial aplicable a los extranjeros”, la opinión sostenida en este trabajo es reconocer su carácter de pena sustitutiva –de ahí que haya sido descrita dentro de este catálogo-, dado que no es razonable que el legislador lo haya regulado dentro de las penas sustitutivas, pero no le reconozca este carácter, de tal modo, “Reconociendo la complejidad de la figura, la naturaleza jurídica de la expulsión podría situarse como la de una pena sustitutiva. Para ello se considera por una parte, que esta figura se encuentra regulada dentro del ámbito de las penas alternativas a la privación de libertad, y en tal sentido se sigue la voluntad del legislador –desde un punto de vista material- y otra parte, que cumple con la función retributivo-general de toda pena, ya que tiende a reforzar el *efecto de contra-*

motivación de la intención criminal, de la población de inmigrantes ilegales, toda vez, que tiende a evitar que delinca a fin de no ser sancionados con la expulsión, de modo que viene constituir un recurso intimidatorio.”⁶³

2.3. Situación especial de la pena mixta.

La pena mixta fue agregada al proyecto de ley modificatorio de la Ley N° 18.216 en el año 2010, mediante indicación presentada por el Ejecutivo (BOLETÍN N° 5838-07), a partir de lo cual se sometió a la discusión legislativa “un mecanismo de reemplazo de la pena sustitutiva, que consiste en que cumplida la mitad de la sanción, y previo informe favorable de Gendarmería, el tribunal puede sustituir la pena de libertad vigilada intensiva por libertad vigilada común, o la de libertad vigilada común por la de remisión condicional. Paralelamente a lo anterior, connota que el proyecto también considera la introducción del concepto de pena mixta, que consiste en interrumpir la pena privativa de libertad originalmente impuesta,

⁶³ MINISTERIO DE JUSTICIA, DIVISIÓN DE REINSERCIÓN SOCIAL. Op. Cit. p. 102.

reemplazándola por otra de libertad vigilada intensiva, que se cumple en el medio libre.”⁶⁴

Es importante tener claro dos aspectos fundamentales respecto a esta innovadora institución que en definitiva paso a formar parte de la nueva regulación de las penas sustitutivas.

En primer lugar, según lo que ya es posible desprender de lo señalado, el legislador en el Título V de la Ley N° 18.216 contempla dos instituciones distintas pero relacionadas entre sí, por un lado el reemplazo de la pena sustitutiva y por otro, la pena mixta en sentido estricto, donde ambas implican la modificación de una pena en razón de otra pena, ya sea de una pena sustitutiva en el primer caso o de una pena privativa o restrictiva de libertad en el otro; pero en definitiva, ambas manifiestan que el cambio en las condiciones que justificaban una determinada pena implica la necesidad de modificación de la misma, buscando con ello la satisfacción de la finalidad perseguida con ella.

⁶⁴ Historia de la ley N° 20.603. Informe de Comisión de Constitución del 05 de abril de 2011. p. 405.

En segundo lugar, se debe destacar que la pena mixta, “en estricto rigor no constituye una pena sustitutiva en particular, sino un mecanismo para llegar a imponer la libertad vigilada intensiva, por consistir en una forma adicional de poner término al cumplimiento de penas privativas de libertad, junto a las ya existentes, tales como el cumplimiento efectivo de la pena, la obtención de la libertad condicional o de la rebaja de condena, o la aplicación de indultos generales y particulares.”⁶⁵ Sin perjuicio de lo anterior, no es del todo errada la terminología utilizada por la Ley, dado que esta institución implica justamente mezclar dos penas distintas, en atención al cambio de las circunstancias que la justificaban, traduciéndose por ende en una “pena mixta”, que ciertamente no tiene un carácter independiente frente a las penas sustitutivas ya descritas.

a. De las penas sustitutivas más gravosas a penas menos gravosas.

El artículo 32 de la Ley N° 18.216, contempla esta institución consistente en que una vez cumplida la mitad del periodo de observación de

⁶⁵ MINISTERIO DE JUSTICIA, DIVISIÓN DE REINSERCIÓN SOCIAL. Op. Cit. p. 65.

la pena sustitutiva respectiva, y previo informe favorable de Gendarmería, el Tribunal puede reemplazar la pena sustitutiva original por otra de menor intensidad, respetando en tal sentido la siguiente regla: la libertad vigilada intensiva por la libertad vigilada simple y la libertad vigilada simple por la remisión condicional, esta última hipótesis opera incluso si ya aplicó la primera, siempre y cuando se cumplan dos tercios de la pena originalmente impuesta.

El reemplazo de una pena sustitutiva por otra pena sustitutiva de menor intensidad, es una institución similar a la pena mixta, de tal forma, es del todo lógico la regulación conjunta que hace el legislador tanto de esta figura como de la pena mixta propiamente tal, pudiendo ambas constituir variantes de un mismo mecanismo.

Ahora bien, de la sola lectura de la norma legal señalada, surge inmediatamente la duda respecto a la situación del condenado a reclusión parcial, esto dado que no se encuentra contemplada expresamente dentro de las hipótesis de reemplazo prescritas. De tal modo, si el fundamento de la introducción de esta nueva figura dentro del sistema de ejecución de las penas sustitutivas era permitir modificar la pena impuesta, y en este caso

particularmente modificar un pena sustitutiva de mayor intensidad por otra de menor intensidad, en razón del cambio de las condiciones que en su momento justificaban la imposición de la pena que sustituyó a la pena privativa de libertad original, al parecer no existe razón plausible que explique la exclusión del condenado a reclusión parcial. Aun más, si consideramos que es el propio legislador el que al regular las consecuencias que derivan del incumplimiento del régimen de ejecución de las penas sustitutivas, dispone que en el caso de mayor gravedad, la pena sustitutiva quebrantada puede ser reemplazada por otra de mayor intensidad⁶⁶, y en tal forma parece poco razonable que la situación contraria, y favorable al condenado, sea excluida de las hipótesis legales de reemplazo. Por último y a mayor abundamiento, es de considerar, que incluso la pena privativa de libertad de hasta cinco años y un día puede ser sustituida por la libertad vigilada intensiva en el caso de aplicación de la pena mixta, pero no la

⁶⁶ En este sentido, si bien actualmente el legislador no estableció una tabla de graduación de las penas sustitutivas según su intensidad, sí es posible deducir a partir del texto anterior de la Ley N° 18.216, que las penas de menor a mayor intensidad son: la remisión condicional, la libertad vigilada simple, libertad vigilada intensiva y la reclusión parcial (artículos 6, 11 y 19). Aun cuando, dado las modificaciones introducidas a la reclusión parcial y a la libertad vigilada intensiva, no parece tan claro cuál de ellas se traduce en una mayor lesividad para el condenado.

reclusión parcial, lo que parece abiertamente una vulneración de la igualdad ante la ley. No obstante lo razonado, el texto de la ley parece claro, y no permite actualmente una aplicación distinta, más favorable a esta interpretación coherente de la Ley N° 18.216.

b. De las penas privativas o restrictivas de libertad a la pena de libertad vigilada.

La pena mixta en *stricto sensu* consiste, de acuerdo al artículo 33 de la Ley N° 18.216, en la interrupción de la pena privativa de libertad originalmente impuesta, reemplazándose el saldo del tiempo que le resta por cumplir, por el régimen de libertad vigilada intensiva controlada mediante monitoreo telemático.

Para la procedencia de este tipo de mecanismo, es necesario que la sanción privativa de libertad impuesta al condenado no fuere superior a cinco años y un día, y que de ésta hubiere cumplido de manera efectiva al menos un tercio, observando un comportamiento calificado como “muy bueno” o “bueno” en los tres bimestres anteriores a su solicitud (según las reglas del Decreto Supremo N° 2.242, de 1926, del Ministerio de Justicia),

adicionalmente se requiere que el penado no sea reincidente, salvo que opere la regla de caducidad. Sin perjuicio de lo anterior, no bastan simplemente estas condiciones objetivas, sino que es necesario para que proceda la pena mixta, un informe favorable de Gendarmería, esto “Considerando que en virtud de la pena mixta podrían sujetarse al régimen de penas sustitutivas personas de mayor compromiso delictual [...] Lo anterior tiene por objetivo otorgar un piso mínimo para poder discutir esta forma de egreso anticipado, de manera que el tribunal cuente con antecedentes que avalen que la persona se encuentra preparada para un régimen en libertad en forma anticipada.”⁶⁷

En suma, el legislador ha establecido dentro del catálogo de penas sustitutivas, un nuevo mecanismo, que si bien no comparte el carácter punitivo de éstas, permite satisfacer de manera más efectiva las finalidades perseguidas con la imposición de la pena.

Ahora bien, la mayor controversia que se ha generado respecto de esta institución en el corto tiempo de vigencia de la Ley N° 20.603, es la

⁶⁷ MINISTERIO DE JUSTICIA, DIVISIÓN DE REINSERCIÓN SOCIAL. Op. Cit. p. 67.

posibilidad de aplicarla actualmente, es decir, si el condenado podría pedir una audiencia para solicitar la interrupción de la pena privativa de libertad, conforme al artículo 33 de la Ley N° 18.216. Esto en razón del artículo 8 letra c) de la Ley N° 20.603, que dispone que la entrada en vigencia de la pena mixta se producirá transcurrido dos años desde la publicación de las adecuaciones al reglamento de la Ley N° 18.216, o sea, dicho plazo debe computarse desde el 27 de diciembre de 2013. No obstante esta norma expresa, parece recomendable para el cumplimiento de las finalidades perseguidas por la ley, la posibilidad de que los jueces accedan actualmente a la sustitución de las penas privativas de libertad por la libertad vigilada en el marco de la pena mixta y no esperar hasta diciembre de 2015, así lo señaló la Corte de Apelaciones de Valdivia: “SEPTIMO: Que, el espíritu de la Ley N° 20.603, en lo referido a la libertad vigilada y vigilada intensiva, se encuentra establecido en su artículo 18, y este no es otro, según se ha señalado anteriormente, que procurar la rehabilitación y la reinserción social del condenado y así emana de la historia fidedigna de la ley. La circunstancia de no estar implementado el monitoreo telemático, hace entonces ilusorio este propósito y contradice el sentido y alcance del

artículo 18 del Código Penal, en orden a aplicar la ley posterior menos rigurosa, el cual a su vez, tiene su referente en la garantía constitucional establecida en el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República.” Agregando en su considerando OCTAVO: “Que, concordando con el voto de minoría de la resolución recurrida, en orden a que el sistema de monitoreo telemático es solo una forma de facilitar la inspección del cumplimiento de la condena, lo esencial de la norma del artículo 33 de la Ley N° 20.603, para acceder al régimen de libertad vigilada, se encuentra en el cumplimiento de los requisitos referidos a la situación personal del condenado, los que en la especie se reúnen, a los cuales debe agregarse la circunstancia que para acceder al beneficio del artículo 33 de esta ley, se cuentan otros requisitos a satisfacer, referidos a la efectiva rehabilitación y reinserción social, como aquellos destinados a dar seguridad a la víctima del delito, los que no dicen relación directa con el monitoreo telemático, con lo cual el sentido, alcance y finalidad del régimen de libertad vigilada intensiva, puede cumplirse plenamente.”⁶⁸

⁶⁸ JERSON MIGUEL OLIVA BENAVIDES. 2013. C. A. de Valdivia. 21.01.2013. Rol n° 645-2012.

En consecuencia, la no concesión de la pena mixta en este tiempo de vacancia legal, significa castigar al condenado que cumple con los requisitos establecidos en la Ley, por una circunstancia que no le es imputable, como es la falta de un sistema de control, y en definitiva una afectación grave de los propios objetivos perseguidos por la Ley N° 20.603.

3. ANÁLISIS CRÍTICO DE LOS REQUISITOS DE PROCEDENCIA DE LAS PENAS SUSTITUTIVAS BAJO LA LEY N° 20.603.

Luego de la descripción realizada en la sección anterior respecto al nuevo catálogo de penas sustitutivas contemplado en la Ley N° 18.216, en especial los requisitos objetivos y subjetivos que habilitan su procedencia, queda de manifiesto que el legislador, si bien se preocupó de establecer nuevas opciones de penas que sustituyeran a las penas privativas o restrictivas de libertad, no tuvo la misma preocupación respecto a las exigencias necesarias para que el condenado accediera a este tipo de penas, y aun más, los nuevos textos son semejantes a los ya existentes antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 20.603, extendiendo estos requisitos en

términos similares a las nuevas penas sustitutivas introducidas a nuestro ordenamiento jurídico.

De este modo, el legislador en las nuevas penas que completan nuestro actual sistema de penas sustitutivas, siguió en general la misma lógica de establecer copulativamente requisitos de naturaleza objetiva y subjetiva, que deben ser observados por el Juez de Garantía o por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal al momento de decidir facultativamente la sustitución de la pena privativa de libertad inicialmente impuesta. La única salvedad, es el caso de la expulsión del extranjero no residente legalmente en el país, en donde no exige antecedentes psicosociales que justifiquen la imposición de esta pena, bastando el cumplimiento del requisito del quantum de la pena para su procedencia, de ahí sus principales críticas, “Su eventual aplicación no se encuentra limitado ni en consideración a la gravedad del delito, grado de desarrollo del mismo, autoría o participación del extranjero en el ilícito. [...] En ese escenario, muchísimos victimarios podrían encontrar un verdadero beneficio en la expulsión, incluso mayor que la que se contempla en la remisión condicional de la pena [...]”⁶⁹

⁶⁹ SALINERO ECHEVERRÍA, SEBASTIÁN. Op. Cit. p. 128.

Ahora bien, aun cuando los requisitos compartan casi una similitud idéntica *ex antes* y *ex post* de la Ley N° 20.603, no se debe desconocer, el aporte a lo menos nominal de la introducción de la llamada caducidad de la reincidencia. Así, en los artículos 4 letra b), 8 letra b), 15 N° 1 y 15 bis inciso final de la Ley N° 18.216, se dispone que no se consideraran para efectos del requisito de la reincidencia, las condenas cumplidas diez o cinco años antes de la comisión del nuevo ilícito, tratándose de un crimen o simple delito, respectivamente. Se ha dicho que este es un aporte meramente nominal, en atención a que de larga data la jurisprudencia ha tendido a prescindir de las condenas anteriores a los plazos señalados, fundado en el artículo 104 del Código Penal⁷⁰, lo que no resta importancia a su reconocimiento expreso.

Por otro lado, el gran problema en materia de requisitos de imposición de las penas sustitutivas, es el valor que se le asigna a cada una de las

⁷⁰ POLITOFF LIFSCHITZ, SERGIO, MATUS ACUÑA, JEAN PIERRE y RAMÍREZ, MARÍA CECILIA. Op. Cit. p. 545. Al respecto el artículo 104 del Código Penal señala que: “las circunstancias agravantes comprendidas en los números 15 y 16 del artículo 12, no se tomaran en cuenta tratándose de crímenes, después de diez años, a contar desde la fecha en que tuvo lugar el hecho, ni después de cinco, en los casos de simples delitos.”

exigencias que deben ser observadas por el juez a la hora de decidir si opera o no la sustitución, en otras palabras, si más allá de la referencia que hace el legislador al carácter copulativo de los requisitos objetivos y subjetivos, es esto algo que el juez observa en el momento de hacer uso de su facultad o por el contrario, se limita a corroborar únicamente las exigencias formales. Al respecto y a modo ejemplificador, en sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santa Cruz, se señala en el considerando Duodécimo “que el sentenciado cumple los requisitos establecidos para acceder a dicha forma alternativa de cumplimiento, establecida en los artículos 1 letra c) y 14 y siguientes de la ley 18.216, ya sea los objetivos señalados en las letras a) y b) del artículo 15 de esa ley, relativos a la extensión de la pena privativa de libertad a imponer y a no registrar condenas anteriores por crimen o simple delito, y, en cuanto a los informes requeridos, se estimaron bastantes los datos aportados en el juicio respecto a la conducta anterior y posterior de Ramírez Acuña, especialmente su actividad laboral tanto antes de los hechos como actualmente, que no fue controvertida, lo que permitió concluir que un tratamiento en libertad aparece como eficaz y necesario para una adecuada resocialización del acusado. Además apareció que éste

no tiene contacto con otros ámbitos de actividad criminal, por lo que es altamente posible que no vuelva a incurrir en conductas de este tipo.”⁷¹

De lo anterior, queda de manifiesto que para la judicatura ha bastado siempre la concurrencia de los requisitos formales, operando de manera casi automática su concesión si la pena está dentro de los límites punibles exigidos por el legislador y el condenado no es reincidente o ha operado a favor de él la omisión de las condenas anteriores; evitando de este modo problematizar con aspectos subjetivos que siempre son de difícil apreciación, y por ende, le es suficiente saber que el condenado delinque por primera vez o que ha transcurrido bastante tiempo desde sus condenas anteriores, o que estas están dentro de los márgenes permitidos por la ley en el caso de la reclusión parcial (expresiva de una actividad delictiva de baja intensidad), y que el hecho por el cual se le condena es de escasa o mediana gravedad, siendo a partir de ello presumible que no volverá a delinquir y en razón de tal, resulta innecesaria una pena privativa de libertad efectiva.

⁷¹ Ministerio Público C/ Julio César Ramírez. 2012. Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santa Cruz. 12.12.2012. Rit n° 40-2012.

Dicha práctica judicial, parece no haber sido considerada por el legislador al reformar la Ley N° 18.216, y por el contrario, la reconoce y ratifica implícitamente, al reproducir casi idénticamente los requisitos de procedencia de las penas sustitutivas establecidos con anterioridad a la modificación que entró en vigencia el año 2013, olvidando con ello que un buen sistema de penas sustitutivas debe estar asentado en un régimen que si bien amplía el catálogo de penas que sirven de sustituto a las privativas y restrictivas de libertad, debe al mismo tiempo establecer criterios que permitan en cada caso en concreto elegir la pena más adecuada, teniendo en cuenta que algunas de ellas coinciden en sus requisitos formales, como en el quantum de la pena original a sustituir exigible en la pena de remisión condicional y la reclusión parcial, y en donde por ende, la diferencia la debe marcar las exigencias subjetivas establecidas por el legislador.

En el sentido anterior se pronuncia el profesor Jean Pierre Matus, quien señala que el legislador no entró a modificar los requisitos de procedencia de las penas sustitutivas, dado que su principal propósito apuntaba a fomentar el uso de éstas, respecto a las cuales se observaba una subutilización por parte de los jueces en razón de su falta de legitimidad,

para lo cual era necesario hacerlas efectivas por medio de un aumento del control. No obstante, el autor afirma –de manera correcta a nuestro juicio– que el presupuesto de esta modificación es incorrecto, en donde “El presupuesto falso es que los tribunales no conceden los beneficios de la Ley N° 18.216 por que estaría desprestigiada. En efecto, en primer lugar, han sido los propios tribunales quienes han desarrollado interpretaciones de las normas sobre revocación y cumplimientos de las condiciones impuestas por las medidas alternativas a la privación de libertad de la Ley N° 18.216 que hacen depender su cumplimiento prácticamente de la buena voluntad del condenado y su revocación cuasi imposible. Y en segundo término. Cualquiera que observa objetivamente la practica procesal actual de Chile podrá darse cuenta que, en realidad, los tribunales conceden, casi automáticamente y como si fuera un derecho adquirido, los beneficios de la Ley N° 18.216 a quienes cumplen sus requisitos objetivos.”⁷²

⁷² MATUS ACUÑA, JEAN PIERRE. 2011. Proyecto de ley que modifica la Ley N° 18.216, que reemplaza las medidas alternativas al cumplimiento de penas privativas de libertad por “penas sustitutivas” (Boletín N° 5.838-07). [en línea] Revista de Derecho. Escuela de Postgrado, [S.l.], n. 1, ene. 2011. ISSN 0719-1731. Disponible en: <<http://www.revistas.uchile.cl/index.php/RDEP/article/view/22817/24183>>. [consulta: 01 octubre 2014]. p. 246.

En suma, sigue siendo deseable una modificación legal tendiente a recalcar el carácter copulativo de los requisitos objetivos y subjetivos de las distintas penas sustitutivas, en donde no baste meramente la gravedad del hecho sancionado, determinado por el quantum de la pena privativa de libertad impuesta originalmente y la ausencia de peligrosidad en razón de la inexistencia de condenas anteriores, sino que sea necesario y exigible antecedentes que sirvan de reflejo del presupuesto preventivo-especial que justifique la sustitución de la pena, algo que no ha sido ni es posible mediante la sola práctica judicial.

Por último, cabe agregar un segundo problema relativo a la procedencia de las penas sustitutivas de las penas privativas o restrictivas de libertad, en donde el legislador nuevamente ha omitido pronunciarse. Esto dice relación particularmente con el alcance de la exigencia formal de inexistencia de condenas anteriores, en el caso de la remisión condicional y la libertad vigilada en sus dos variantes, y su relación con el procedimiento de modificación de la condena posterior del artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales, en adelante COT. Esta última norma regula la situación de un imputado que es condenado por hechos distintos a través de sentencias

diversas, pero en donde es posible aplicar las reglas concursales establecidas en el artículo 74 del Código Penal y en el artículo 351 del Código Procesal Penal, y en donde los Tribunales que dictan las sentencias posteriores no deben considerar las circunstancias modificatorias que de haberse sustanciado en un solo procedimiento no se habrían podido tomar en cuenta, y en tal sentido, adecuar la pena de tal modo que el conjunto de ellas no exceda de la que habría correspondido en un juicio conjunto de los delitos.

La pregunta que surge al respecto, es si en este segundo, tercero o sucesivos juicios, debe o no considerarse la condena anterior como reincidencia para efectos de no conceder una posible sustitución de la pena privativa de libertad o por el contrario, en atención a que en un solo juicio sería una circunstancia modificatoria de responsabilidad no posible de apreciar por el juez, extender la aplicación del mencionado artículo 164 COT, y considerar cumplido la exigencia de la inexistencia de condenas anteriores. En relación a esto, se ha señalado como opinión mayoritaria, que el contexto actual del artículo 164 COT restringe la aplicación de la Ley N° 18.216, “dado que el art. 164 sólo regula la forma como debe adecuarse la

“sentencia posterior” a la pena que correspondería imponer conforme a las reglas generales y no autoriza ni a modificar las penas antes impuestas ni a “unificar” todas ellas, a partir de la *segunda condena* no resultaría posible, desde el punto de vista de la simple literalidad de las normas *objetivas*, conceder en la “sentencia posterior”, *la remisión condicional* o *la libertad vigilada* a una persona que *ya ha sido condenada previamente*, y cuyas condenas anteriores no está facultado el tribunal posterior a modificar.”⁷³

Si bien lo señalado corresponde a la interpretación más acorde con el espíritu de la ley, aun cuando pudiera especularse lo contrario de acuerdo al texto de la misma norma, sin duda hubiera sido deseable un pronunciamiento expreso del legislador, si pensamos que ese mismo imputado podría haber optado a una pena sustitutiva cumpliendo el requisito de ausencia de condenas anteriores, si por los distintos delitos hubiera sido condenado en un solo juicio y no en más de uno. Aun más y a mayor abundamiento, si lo que fundamenta afirmar la primera

⁷³ MATUS ACUÑA, JEAN PIERRE. 2008. Propositiones respecto de las cuestiones no resueltas por la ley N° 20.084 en materia de acumulación y orden de cumplimiento de las penas. [en línea] Ius et Praxis N° 2, Año 14, 2008. Disponible en: <<http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v14n2/art15.pdf>> [consulta: 05 octubre 2014]. p. 14.

interpretación –y que creemos correcta- es que las penas sustitutivas apuntan a un delincuente ocasional de baja peligrosidad, sin embargo, cuando se trata de un imputado condenado por diversos hechos en un solo juicio, pareciera que la delincuencia habitual o reiterada deja de ser relevante para nuestros Tribunales, “De este modo, el sistema de suspensión y sustitución de penas que establece la Ley N° 18.216 no produce efecto alguno en el régimen concursal aplicable, sino al revés: la *duración de pena única* determinada según el art. 351 CPP, o de *la suma de las penas impuestas* según lo dispone el art. 74, es lo que determina la concesión de alguno de los beneficios de dicho cuerpo legal.”⁷⁴ Es ahí la contradicción de las interpretaciones producidas por la falta de un pronunciamiento expreso de la Ley.

⁷⁴ *Ibíd.* p. 11.

CAPÍTULO III

EL SISTEMA RECURSAL EN EL DERECHO EJECUTIVO PENAL Y PARTICULARMENTE EN LA LEY N° 18.216.

En el presente Capítulo se procederá a analizar una de las mayores problemáticas de la Ley N° 18.216, y que tras la Reforma Procesal Penal se vio acentuada, esto en razón de las adecuaciones que debió enfrentar nuestro ordenamiento jurídico en su conjunto, en la búsqueda de la coherencia con los principios formativos de la nueva justicia penal. A partir de lo anterior, es necesario comprender las distintas posibilidades a las que podría haber optado el legislador a la hora de modificar la Ley N° 18.216, y en definitiva la opción adoptada en la Ley N° 20.603, permitiendo con ello reflexionar acerca de la razonabilidad de ésta, en virtud de los principios que inspiran el sistema de recursos establecido en el proceso penal tras la reforma.

1. MEDIOS DE IMPUGNACIÓN EN LA LEY N° 18.216.

Como se ha enfatizado a lo largo de este trabajo, con la dictación de la sentencia condenatoria penal no se pone término al proceso, sino que por el

contrario, se da inicio a la última etapa del ejercicio de la jurisdicción, como es el cumplimiento de la sentencia, siendo necesaria ésta, al no satisfacerse la pretensión punitiva del Estado con la sola dictación del fallo.

De este modo, las distintas resoluciones que son dictadas por el Tribunal competente durante esta etapa, van a tener sin duda una gran trascendencia para los distintos intervinientes, y que a partir de lo señalado, no constituyen pronunciamientos judiciales especiales o con una naturaleza jurídica diversa a los que son dictados durante las etapas anteriores de la tramitación del juicio, sino que son expresión del ejercicio de la jurisdicción y por ende, deben estar sometidos a las mismas exigencias de un debido proceso, dentro de la cual ya se encuentra asentado la exigencia de existencia de medios eficaces y sencillos de impugnación de las resoluciones. No obstante, en materia de penas sustitutivas, la naturaleza de las resoluciones y aun más el sistema recursal, nunca ha sido un tema pacífico.

1.1. Situación anterior a la modificación introducida por la Ley N° 20.603.

Como se acaba de señalar, en materia de penas sustitutivas el sistema de recursos nunca ha sido un tema pacífico, lo que resulta particularmente grave en atención a los derechos fundamentales que se encuentran involucrados, y aun más, pueden verse afectados con los distintos pronunciamientos judiciales, que van desde la concesión o no de la sustitución de la pena privativa o restrictiva de libertad, la revocación de las mismas, el reemplazo o sustitución de éstas, entre otras; y que en definitiva, determinan si el sujeto se ve enfrentado a un pena más o menos grave, o en otras palabras, en una mayor o menor limitación a la libertad personal. De ahí la importancia que el debido proceso sea garantizado en toda su extensión, incluyendo una de sus garantías fundamentales, como es el derecho de recurrir en contra de las distintas resoluciones que son dictadas durante el procedimiento.

Los grandes problemas del sistema recursivo de las resoluciones sobre penas sustitutivas, o de sus antecesoras “medidas” alternativas, no se reduce al tipo de recurso que debería proceder por motivos de simplicidad y/o

eficacia, sino a un tema más delicado, cual es la procedencia del mismo, es decir, si las resoluciones mencionadas eran recurribles o no. Al respecto las principales razones que explican esta situación; son, por un lado, la concepción, asentada durante mucho tiempo en nuestros Tribunales, del carácter facultativo privativo de los juzgados de instancia de las decisiones respecto a las penas sustitutivas, lo que conllevaba la inexistencia de la obligación de fundamentar éstas y por ende, la imposibilidad de control por parte de un tribunal superior; y por otro lado, porque de larga data se ha discutido respecto a la naturaleza jurídica de la decisión del juez que se pronuncia sobre la procedencia o no de las penas sustitutivas, y en donde parece predominar la opinión que niega que esta decisión forme parte de la sentencia definitiva, más allá de que materialmente la integre –tal como veremos detalladamente más adelante-, y que sirvió de fundamento para impedir la procedencia de recursos de casación en su momento, y que se extendió extraordinariamente para rechazar la posibilidad del recurso de nulidad.

En este contexto, es que surge la Ley N° 18.216, la cual si bien sistematizó la regulación de las “medidas alternativas” y mejoró el texto

legal regulatorio de las mismas, no modificó la tradición jurisprudencial creada en materia de recursos, dado que el único pronunciamiento respecto a los medios de impugnación, fue reiterar la facultad de apelar que tenía exclusivamente el condenado respecto a la decisión denegatoria o revocatoria del “beneficio”, prerrogativa introducida ya en el año 1973, situación que era exigible y esperable en atención a los principios formativos del antiguo procedimiento penal, aun cuando se limitaba el derecho a recurrir de estas resoluciones, no extendiéndose a los demás intervinientes, negándose la posibilidad de ser considerados sujetos de agravio de esas decisiones. Ahora bien, más allá del establecimiento expreso del control de las resoluciones en esta materia por parte del Tribunal Superior mediante la apelación, a partir del deber de fundamentación de la decisión sobre denegación o revocación de las “medidas”, el aspecto negativo de esta etapa y que nos lleva a afirmar que la Ley N° 18.216 no fue del todo exitosa en esta materia, es que no existió posibilidad alguna de anular dichas resoluciones, aún cuando estas pudieran fundarse en una errónea aplicación del derecho o que tuvieran como antecedente una infracción de las garantías procedimentales. En tal sentido

“no se acogió un solo recurso de casación que permitiera invalidar la sentencia de segunda instancia que había revocado o no había concedido alguno de los beneficios regulados en la ley 18.216. A estas alturas ya estaba impregnada en nuestra jurisprudencia la idea de que los referidos beneficios no formaban parte de la sentencia definitiva, ni constituían una sentencia interlocutoria que pusiera término al juicio o hiciera imposible su continuación.”⁷⁵ Situación que se pretendió durante esos años esclarecer y modificar a partir de la propia jurisprudencia de la Excelentísima Corte Suprema, pero que no fue posible, dado que la opinión respecto a la naturaleza de tales resoluciones parecía estar definida. Es así como en el marco de un recurso de queja, nuestra Excelentísima Corte Suprema señalaba: “Que, el artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales indica que el recurso de queja sólo procede respecto de sentencias definitivas o interlocutorias que pongan fin al juicio o hagan imposible su continuación, y que no sean susceptible de recurso alguno, ordinario o extraordinario, naturaleza que no reúne la resolución impugnada, puesto que sólo dice relación con la posibilidad de otorgar beneficios alternativos para el

⁷⁵ MARÍN GONZÁLEZ, JUAN. 2008. Op. Cit. p. 83.

cumplimiento de la pena, materia que no forma parte de la sentencia definitiva, aun cuando se incluya materialmente en ella, por lo que el recurso no debe ser admitido a tramitación.”⁷⁶

En suma, la situación anterior a la Reforma Procesal Penal, si bien no era la deseable en cuanto a medios de impugnación, al menos existía la posibilidad exclusiva del condenado de apelar de la resolución que le denegaba la procedencia o revocaba una “medida alternativa” y, en donde la procedencia de tal recurso era del todo lógica, si pensamos que era el medio de impugnación característico y fundamental en un sistema basado en la mediación y en la escrituración.

En este último sentido, parece también razonable y esperable que con la entrada en vigencia del nuevo sistema procesal penal, basado en principios radicalmente opuestos a los existentes, en donde predomina la oralidad y la inmediación, el recurso de apelación estuviera destinado a desaparecer o a lo menos, ver reducido su campo de aplicación. Por ello no fue extraño –lo que no significa exento de críticas-, que mediante la adecuación de nuestro

⁷⁶ Adelina del Rosario Price Aramayo. 2005. Corte Suprema. 31.05.2005. Rol n° 1782-2005.

ordenamiento jurídico a este nuevo sistema de enjuiciamiento penal, se modificara el antiguo artículo 25 de la Ley N° 18.216. Lo poco justificable fue que no se eliminara totalmente la posibilidad de apelar, sino que se conservara para el caso de la decisión revocatoria de las penas sustitutivas. Al respecto “La intención original en relación a este precepto era su derogación, esto es, eliminar el recurso de apelación tanto respecto de las decisiones denegatorias y revocatorias de beneficios. La respectiva Comisión del Senado advirtió que, si se aprobaba la derogación, no se podría apelar de la resolución que deniegue un beneficio ni de la que lo revoque. La Comisión señaló que le parecía que podría justificarse en el caso de la negativa, pero, tratándose de la revocación de un beneficio ya concedido y del cual puede haberse encontrado gozando largo tiempo una persona, es razonable permitir que tal medida pueda ser revisada por el tribunal superior. Se prefirió, por tanto, sustituir el artículo, y redactarlo tal cual lo conocemos hoy.”⁷⁷ No existiendo ninguna otra referencia en la

⁷⁷ BARRIENTOS PARDO, IGNACIO. 2009. Recurso efectivo contra la sentencia que no concede beneficios de la ley n° 18.216. [en línea] Revista de Estudios de la Justicia, [S.l.], n. 11, ene. 2009. ISSN 0718-4735. Disponible en: <<http://www.rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/15203/15619>> [consulta: 04 octubre 2014]. p. 299.

tramitación legislativa a esta modificación, por lo cual si bien existían ciertas razones –principalmente en aras de la armonía y correspondencia de nuestro ordenamiento jurídico- que explicaban la eliminación de la apelación, no existe en principio justificación que explique la diferencia que hacía la ley. Sin embargo, el daño que se produjo en el sistema recursivo en materia de penas sustitutivas, al parecer no fue dimensionado a la hora de entrar en vigencia la nueva justicia penal, esto en razón principalmente de que la reforma procesal penal no fue un muro frente a la tradición jurisprudencial ya asentada, de considerar la procedencia de las penas sustitutivas como facultades privativas de los Tribunales del fondo y la no participación de estas decisiones en la naturaleza jurídica de la sentencia definitiva.⁷⁸

⁷⁸ Ministerio Público c/ Campaña Munizaga, Juan C. Otro. 2011. C. A. de La Serena. 24.08.2011. Rol n° 203-2011. Al respecto se señala: “TERCERO: Que en opinión de la mayoría el artículo 8 de la Ley 18.216 en su encabezamiento contiene la fórmula verbal «podrá» con relación a la concesión o no concesión del beneficio de reclusión nocturna solicitado, lo cual ha llevado a la jurisprudencia de esta Corte de Apelaciones tanto como a la de la Excelentísima Corte Suprema a entender que estamos frente a una facultad del juzgador, quien puede o no conceder el beneficio en cuestión de una manera prudencial, lo cual siendo así no puede en estricto rigor ser controlado mediante un recurso como el de nulidad. CUARTO: Que por otra parte, como se ha fallado

Al respecto parece curioso, que los mismos argumentos que durante mucho tiempo sirvieron de fundamento para negar la admisibilidad de los recursos de casación, hayan trascendido la reforma procesal penal, utilizándose también de fundamento para negar la admisibilidad del recurso de nulidad, generando en este caso una situación distinta y más grave que lo acaecido anteriormente, como es la inimpugnabilidad de las resoluciones relativas a las penas sustitutivas, con excepción de aquella que las revoca.

reiteradamente por esta Corte y por la Excelentísima Corte Suprema, la decisión que recae sobre el otorgamiento de un beneficio alternativo a la ejecución de las penas privativas y restrictivas de libertad, si bien incluidas en el mismo acto documental que contiene la sentencia definitiva no participa de la naturaleza jurídica de ésta, ya que dicha decisión no resuelve el asunto penal, esto es, no decide sobre el hecho delictivo imputado, sobre la participación culpable, sobre el grado de ejecución ni sobre la pena o consecuencia punitiva aplicables, sino simple y llanamente sobre una petición accesoria que se refiere a la forma de cumplimiento o de ejecución de la pena, de modo que se ha dicho incluso que ésta no posee sino la naturaleza jurídica de una decisión administrativa que el legislador ha querido entregar a los tribunales de justicia, razón que supone un impedimento insalvable para acoger el recurso de nulidad en análisis, ya que no debe perderse de vista lo señalado en el artículo 372 del Código Procesal Penal, en orden a que el recurso de nulidad se concede para invalidar una sentencia definitiva y el juicio oral o solamente aquella, de modo que dicho medio de impugnación no puede ser extendido para atacar decisiones que no poseen la calidad de sentencia definitiva.”

1.2. Situación posterior a la modificación introducida por la Ley N°

20.603.

La imposibilidad de recurrir en contra de la resolución que concedía o denegaba, además de aquellas que influían en las penas sustitutivas durante su ejecución –que no fuera la de revocación- no dejó impávido a los intervinientes del sistema, quienes alegaron en aras de un justo y racional procedimiento, tal como lo consagra nuestra Constitución Política. Es así como la Defensoría Penal Pública en no pocas ocasiones vio frustrados sus intentos de apelaciones y nulidades, y aun más, fue el propio Tribunal Constitucional que optó en el marco de una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, no pronunciarse respecto al tema, argumentando que la Ley N° 19.806, sobre normas adecuatorias del sistema procesal penal chileno, que suprimió la posibilidad de apelar en esta materia, no tenía influencia decisoria en el caso concreto.⁷⁹

⁷⁹ Pizarro Aguilar, Francisco c/ Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Calama. 2007. Tribunal Constitucional. 12.04.2007. Rol n° 670.2006. “QUINTO: [...] En efecto, siendo la cuestión pendiente la tramitación de un recurso de nulidad en contra de la sentencia condenatoria que afecta al requirente, la aplicación de la norma legal modificatoria que éste objeta en ningún caso podría tener lugar en la resolución de tal

Por todo lo señalado, fue necesario un cambio normativo, que estableciera expresamente la posibilidad de recurrir en contra de las resoluciones mencionadas, y aun cuando existieron durante la tramitación de la Ley N° 20.603 voces disidentes respecto al establecimiento de un medio de impugnación en el sistema de las penas sustitutivas, finalmente se consagró en la ley que entró en vigencia, con el texto del artículo 37 de la Ley N° 18.216:

“La decisión acerca de la concesión, denegación, revocación, sustitución, reemplazo, reducción, intensificación y término anticipado de las penas sustitutivas que establece esta ley y la referida a la interrupción

recurso, por no ser norma que incida en la decisión de la cuestión debatida; SEXTO: Que, a mayor abundamiento, la pérdida de la eficacia normativa del primitivo texto del artículo 25 de la Ley N° 18.216 (que contemplaba, como se ha dicho, la posibilidad de apelar contra la denegación de medidas alternativas) no sólo se produjo con la introducción del precepto modificadorio que el requirente tacha de inconstitucional (el artículo 11 de la Ley N° 19.806), sino que, incluso antes, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 364 del Código Procesal Penal, que no fue objetado en el requerimiento materia de autos y que expresamente suprimió la apelación contra las resoluciones dictadas por un tribunal de juicio oral en lo penal. Por lo tanto, ni aun reviviendo hipotéticamente la norma legal modificada por el precepto impugnado, en el supuesto de que la impugnación se acogiese, ella conservaría vigor para servir de sustento a la procedencia de una apelación en el caso de que se trata.”

de la pena privativa de libertad a que alude el artículo 33, será apelable para ante el tribunal de alzada respectivo, de acuerdo a las reglas generales.”

Al respecto, en la discusión legislativa se señaló reiteradamente la necesidad de establecer un medio de impugnación de este tipo de resoluciones, respondiendo de tal modo a las exigencias propias de un debido proceso. Se optó en definitiva por el recurso de apelación, en desmedro de la nulidad, principalmente según palabras del profesor Julián López dado que, tal como ha señalado reiteradamente la jurisprudencia la concesión o la denegación de medidas alternativas no formaría parte de la decisión sobre absolución o condena, sino que sería una cuestión accesoría y que, por tanto, no podría ser impugnada a través de la nulidad. Lo que cobra importancia en aquellos casos en que la decisión de condena de una sentencia está correctamente fundada, pero no así la resolución respecto de las medidas alternativas, donde, según lo anterior, parecería prudente que el

imputado no intente la nulidad de toda la decisión, sino que solo impugne, por la vía de la apelación, la decisión concerniente a la medida alternativa.⁸⁰

A partir de todo lo señalado, queda de momento describir cuáles fueron los principales argumentos que se han proliferado respecto al medio de impugnación idóneo que correspondía establecer, y en definitiva qué llevó a que el recurso de apelación haya sido elegido.

2. LA APELACIÓN COMO MEDIO DE IMPUGNACIÓN EN LA LEY N° 18.216.

2.1. Generalidades.

El recurso de apelación ha sido entendido tradicionalmente, a partir de lo señalado en el artículo 186 del Código de Procedimiento Civil, como aquel acto jurídico procesal por medio del cual el legitimado, es decir, la parte agraviada, impugna una resolución judicial, con el objeto de obtener que el Tribunal Superior Jerárquico, enmiende conforme a derecho la resolución del tribunal inferior. En tal sentido, llevado este concepto a las

⁸⁰ SEGUNDO INFORME COMISION DE CONSTITUCIÓN. 2012. Historia de la Ley N° 20.603. p. 720.

particularidades del proceso penal, se ha señalado que es “el remedio jurídico en virtud del cual el interviniente del proceso penal agraviado por una resolución injusta del Juez de Garantía, impugna su decisión para ante la Corte de Apelaciones respectiva, a fin de que ésta realice un nuevo examen de los fundamentos de hecho y derecho del auto, decreto o sentencia recurrida, y emita un nuevo pronunciamiento sustitutivo que repare el gravamen invocado.”⁸¹

En este orden de ideas, el recurso de apelación es dentro del sistema de medios de impugnación, una de las vías más importantes y sin duda de mayor aplicación, y en donde más allá del cambio de paradigma y principios fundante del nuevo proceso penal, logró sobrevivir. Esto en razón de su carácter de recurso ordinario, o sea, de recurso que procede contra la generalidad de las resoluciones judiciales, y en el cual no se exigen requisitos específicos, más allá de la existencia de agravio para el recurrente, y en donde además se le otorga amplia competencia al tribunal *ad quem* para conocer y juzgar lo relativo a los hechos y al derecho de lo

⁸¹ NUÑEZ VÁSQUEZ, CRISTÓBAL. 2003. Tratado del proceso penal y del juicio oral. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. v2. p. 315.

resuelto por el tribunal *a quo*. En segundo término, la apelación constituye el medio o mecanismo a través del cual se hace efectivo el principio de la doble instancia en nuestro derecho, es decir, permite que un mismo litigio sea conocido por dos tribunales, de distinta jerarquía, tanto en sus aspectos fácticos como de derecho.

2.2. Rol de la apelación en el nuevo sistema recursal penal.

La Reforma Procesal Penal significó un gran cambio en materia de recursos. Es así como, independiente de las múltiples discusiones de los distintos sectores durante la tramitación legislativa del Código Procesal Penal, era indudable la necesidad y exigencia de la modificación de los recursos existente en el sistema de enjuiciamiento penal antiguo, en donde la gran mayoría de las resoluciones judiciales del juez del crimen eran revisables por los Tribunales Superiores y por consiguiente, la apelación era el recurso por “autonomasia”. Tal situación es insostenible tras la reforma, donde procedimentalmente prima la oralidad y la inmediación. En tal sentido “[...] el juicio oral, como bien es sabido, es aquel en que el juez o todos ellos si se trata de un tribunal colegiado, forman la convicción en base la cual pronuncian su resolución de acuerdo a lo que ven y perciben a través

de sus propios sentidos. Por lo tanto, un juicio genuinamente oral es por definición de única instancia –único e irrepetible, como se ha dicho con más precisión-, porque la única manera en que podría pronunciarse una nueva decisión igualmente en juicio oral, que venga a reemplazar a la anterior, sería repitiendo íntegramente el juicio, debiendo tener que volver a producirse toda la prueba, lo que en definitiva lo transformaría en otro juicio.”⁸² Decir lo contrario, significaría asumir que los Tribunales Superiores, a través de la apelación, sean competentes para revisar todos los aspectos de hecho y derecho del asunto fallado por el tribunal de primera instancia, resolviéndose este conflicto en consecuencia, en base a los registros de lo realizado en el juicio oral, es decir, en base a antecedentes escritos, vulnerando con ello el derecho de los intervinientes a la oralidad e inmediación, y en definitiva privilegiando al tribunal menos informado que al más informado.

Es de acuerdo a lo anterior, que si la apelación hubiera desaparecido como recurso, no hubiera sido extraño ni ajeno a los nuevos fundamentos

⁸² CAROCCA, ALEX. 2000 Nuevo proceso penal. Santiago, Editorial Jurídica Cono Sur. p. 306.

del sistema de justicia penal, no obstante, este recurso se encuentra arraigado fuertemente en nuestra cultura jurídica, de tal modo que “se mantiene la apelación, podríamos decir, más por razones políticas y culturales que estrictamente técnicas, para unas muy pocas decisiones que el Juez de garantía puede adoptar durante la instrucción y que producen efectos importantes [...] pero respecto de los que podría hacerse procedente un recurso de Derecho y no el de apelación. Pareciera entonces que la principal razón para mantener la vigencia de la apelación en estos casos es mantener el control pleno por parte de la Corte superior respecto de las sentencias más importantes que puede pronunciar el juez unipersonal en el nuevo sistema.”⁸³ Lo que permite en definitiva explicar que el recurso de apelación no haya sido abolido del proceso penal, sino que simplemente disminuida su intensidad y frecuencia, siempre que sea compatible con los nuevos principios procesales, transformándolo por ende, en un recurso ordinario pero excepcional.

⁸³ *Ibíd.* p. 309.

2.3. Argumentos a favor de la apelación como recurso efectivo respecto a las resoluciones que se pronuncian en relación a las penas sustitutivas.

Como fue señalado *ut supra*, la entrada en vigencia del Código Procesal Penal tuvo consecuencias radicales en los medios de impugnación imperantes en el sistema de enjuiciamiento penal, conllevando que con el cambio de perspectiva frente a los recursos establecidos por el legislador sumado a los nuevos principios formativos del procedimiento penal, el recurso de apelación como medio de control cediera en importancia frente nuevos mecanismos y como medio de revisión frente al nuevo recurso de nulidad, no obstante, la apelación no desapareció, sino que solo vio disminuida su campo de aplicación. De tal forma, con el objeto de dar coherencia al proceso penal, fue necesaria la adecuación de la restante normativa, esto a través de la ya mencionada Ley N° 19.806, la que dentro de las distintas modificaciones a las disposiciones legales, modificó el antiguo artículo 25 de la Ley N° 18.216, eliminando el recurso de apelación respecto a la resolución que concede o deniega las penas sustitutivas,

conservándolo únicamente respecto a aquella resolución que revoca la pena sustitutiva concedida anteriormente.

En este escenario del foro nacional, las críticas frente a la inimpugnabilidad de la resolución que se pronuncia respecto a la procedencia de las penas sustitutivas no se dejaron esperar, lo cual era lógico a partir de la situación grave y delicada que se había generado. A saber, que normativamente era improcedente la apelación y jurisprudencialmente se negaba la posibilidad de recurrir por medio del nuevo recurso de nulidad. Y digo delicado, a partir de la situación del condenado, que mediante esta resolución podía ser objeto de un gran gravamen o agravio a sus intereses, es decir, una afectación a su derecho a la libertad personal, negándosele al respecto la posibilidad a la revisión de éste por parte de un Tribunal Superior.

Es por ello, que antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 20.603, se formularon diversos argumentos en pos de modificar la situación existente, buscando con ello el restablecimiento del recurso de apelación, como medio de impugnación de las resoluciones mencionadas.

Como primer argumento, desde un punto de vista más bien teórico, se encuentra el hecho de que los recursos actualmente son entendidos, más que como un medio de control de la actividad jurisdiccional, como una verdadera garantía procedimental, expresión de un derecho mayor, inherente al ser humano, como es el llamado debido proceso, y en tal sentido, la existencia de medios de impugnación, no está establecido a favor de un control estatal del ejercicio de la jurisdicción, sino como un verdadero derecho de los intervinientes al recurso. En este orden de ideas, “el recurso es concebido, antes que un medio de control estatal, como una garantía procesal, principalmente, a favor del imputado, destinada a la revisión de una decisión jurisdiccional que se sospecha errónea y a la evitación de sus consecuencias perjudiciales. Pero probablemente, el fundamento de los recursos no solo está constituido por la necesidad de precaver o evitar el error judicial, sino que, por sobretodo, evitar la injusticia del fallo.”⁸⁴ En este sentido, la reforma procesal penal no puede haber entrado a sacrificar una garantía procesal tan relevante, en aras de finalidades no señaladas con claridad, y en donde, pareciera ir en sentido contrario a los propios

⁸⁴ BARRIENTOS PARDO, IGNACIO. Op. Cit. p. 273.

objetivos que la inspiraron, que claramente eran adecuar nuestro sistema a las exigencias propias de un Estado de Derecho.

A partir del argumento anterior, se ha señalado que la apelación resulta ser el recurso más idóneo para el cumplimiento de esta garantía procesal, en atención a que el recurso de nulidad es improcedente en materia de penas sustitutivas, dado su regulación actual. Este argumento tiene dos facetas que explican en último término, que dado el carácter del recurso de nulidad que lo hace inadecuado frente a las resoluciones que se pronuncian respecto las penas sustitutivas, ya sea respecto a su procedencia o las que se pronuncian respecto a la vigencia de las mismas durante el curso de su cumplimiento, queda por ende reafirmar que es la apelación la que permite cumplir las exigencias de un derecho al recurso.

La primera de las facetas indicadas, apunta a que el recurso de nulidad está configurado como un recurso extraordinario y de estricto derecho, en donde, sólo procede respecto a ciertas resoluciones y por las causales establecidas taxativamente por el legislador. Así ha sido señalado claramente por nuestros Tribunales Superiores. Al respecto la Corte de Apelaciones de Antofagasta señaló: “Quinto: Que la jurisprudencia en

forma reiterada ha resuelto que el recurso de nulidad se ha concedido como un recurso de derecho estricto al que se accede solamente en virtud de las causales y para los fines consagrados en la ley. Por lo tanto, no constituye una instancia en que se puedan revisar los hechos establecidos en el juicio, ni extenderse a otros aspectos criticables del fallo, que no han sido materia de su presentación.”⁸⁵

Sumado a lo anterior, como segundo aspecto, se ha señalado que el recurso de nulidad, en su carácter de recurso estricto, sólo procede respecto a la sentencia definitiva dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal y la sentencia definitiva dictada por el Juez de Garantía dentro del procedimiento simplificado, ya sea oral simplificado o con reconocimiento de responsabilidad, de tal modo que este recurso sólo está establecido como medio de impugnación de una sola clase de resoluciones judiciales, en las hipótesis mencionadas, como es la sentencia definitiva. Respecto a esto, se ha reiteradamente señalado por nuestra jurisprudencia y por nuestra doctrina que las resoluciones sobre las penas sustitutivas, más allá de que se

⁸⁵ Rozas Lizama, Álvaro c/ Pizarro Aguilar, Fernando. 2007. C. A. de Antofagasta. 23.05.2007. Rol n° 221-2006.

encuentren contenidas materialmente en la sentencia definitiva, no comparten dicho carácter, de tal modo, que al no ser sentencia definitiva no es susceptible de impugnar vía el recurso de nulidad. Es decir, en otras palabras se extiende a esta situación la llamada teoría de la integración o desintegración de la sentencia definitiva, situación descrita por el profesor Tavolari en la tramitación de la Ley N° 20.603, “Esta posibilidad es expresión del fenómeno conocido como de “integración” de las sentencias y que se traduce en el reconocimiento de que en una sentencia definitiva suelen incorporarse decisiones que no comparten la misma naturaleza de esta resolución [...] En síntesis, señaló que no solo es jurídicamente posible -sino se trata de una situación que nuestro ordenamiento contempla y que la Suprema Corte identifica y admite- el que una sentencia definitiva sea impugnada, en parte de las decisiones que ella comprende, por una vía determinada y que este mismo camino no sirva para impugnar otras decisiones del propio fallo.”⁸⁶

⁸⁶ PRIMER INFORME COMISION DE CONSTITUCIÓN. 2011. Historia de la Ley N° 20.603. p. 422.

Los siguientes dos argumentos son más bien prácticos, uno proviene del fundamento que se tuvo para disminuir la procedencia del recurso de apelación en materia procesal penal y que se extendió a lo relativo a las resoluciones sobre penas sustitutivas, mientras que el otro apunta a la situación comparativa que tenían las resoluciones trascendentes en materia de penas sustitutivas y por otro, respecto a los distintos procedimientos en que se pronuncian.

En relación al primer argumento, apunta a que la principal razón para suprimir la apelación en materia penal es el principio de inmediación -razonamiento que ya ha sido señalado en este trabajo-, fundamento que no es suficiente para impedir la procedencia de la apelación respecto a las resoluciones relativas a las penas sustitutivas, esto en razón, de que la decisión en esta materia se efectúa en base a antecedentes escritos que son leídos por el Tribunal, a saber, informe presentencial, extracto de filiación, informe psicosocial, entre otras. Lo que es congruente con el artículo 343 inciso final del Código Procesal Penal, que al pronunciarse sobre la determinación de la pena, hace referencia a que el tribunal recibirá los

antecedentes escritos que los intervinientes le proporcionen para fundamentar sus peticiones.⁸⁷

El segundo argumento, se centra en ilustrar la situación de discriminación legislativa carente de justificación de nuestro sistema. Por un lado, como ya se ha señalado reiteradamente, la apelación sólo fue eliminada en la órbita de la decisión que concede o deniega la sustitución de la pena, pero no respecto a la revocación, distinción que nunca fue justificada, más allá de decir que parecía injusto que no pudiera recurrir el condenado que había estado gozando de este “beneficio” y se le había revocado; pero no se consideró que independientemente de la hipótesis, siempre la decisión puede significar un gravamen a un bien jurídico de suma relevancia como es la libertad personal, merecedora en consecuencia de una nueva revisión. La segunda variante, dice relación con la diferencia que se produce entre los distintos procedimientos contemplados en el proceso penal, en donde dependiendo el procedimiento en que se dicte la resolución sobre la procedencia de penas sustitutivas la respuesta referente a la impugnabilidad va a ser distinta, de tal modo que si es en el marco de un

⁸⁷ BARRIENTOS PARDO, IGNACIO. Op. Cit. p. 303.

procedimiento abreviado, en donde el fallo se basa en los antecedentes de la carpeta de investigación del Fiscal, es totalmente admisible apelar de dicha resolución, lo que no sucede en el procedimiento simplificado, aun cuando nos encontremos en el caso de la hipótesis de simplificado por reconocimiento de responsabilidad, procedimiento que comparte mayor similitud con el procedimiento abreviado que con el juicio oral. Por último, menos aun procede en el caso del juicio oral, traduciendo en definitiva, que la mayor garantía del proceso penal, como es el juicio oral, conlleva al mismo tiempo, la renuncia a otra garantía fundamental, como es el derecho al recurso en materia de penas sustitutivas, “El juicio oral, concebido como la mayor de las garantías, donde la pretensión punitiva suele ser más intensa y, por ello, debiera estar compensado con más y mejores derechos, se transforma en una pequeña trampa. Se accede a la mayor de las garantías, pero bajo el precio de que se pierde una de ellas y, lo peor, nadie proporciona una buena razón.”⁸⁸

En suma, este conjunto de argumentos que he denominado prácticos, permiten concluir el resultado absurdo que produce la eliminación parcial

⁸⁸ *Ibíd.* p. 305.

del recurso de apelación, careciendo al respecto de una justificación razonable que explique la distinción frente a situaciones idénticas, en donde independientemente del juez que falle –Tribunal de Juicio Oral en lo Penal o Juez de Garantía- y el procedimiento que se trate, siempre el juez va a estar en la misma situación: decidir si concede, deniega, revoca, sustituye, reemplaza, reduce, intensifica o coloca término anticipado a una pena sustitutiva en base a antecedentes escritos.

3. LA NULIDAD COMO MEDIO DE IMPUGNACIÓN EN LA LEY

N° 18.216.

3.1. Generalidades.

El Código Procesal Penal en su artículo 372 establece el recurso de nulidad como un medio de impugnación a través del cual se busca invalidar el juicio oral y la sentencia definitiva, o solamente esta última, por las causales establecidas expresamente en la ley, es decir, únicamente por las causales establecidas en los artículos 373 y 374 del mismo Código. De la regulación de este recurso, entre los artículos 372 y 387, ambos inclusive, es posible establecer que el legislador le dio al recurso de nulidad el

carácter de recurso extraordinario y de derecho estricto, que sólo es procedente respecto a una sentencia definitiva dictada ya en un procedimiento ordinario, en un procedimiento simplificado o en un procedimiento de acción penal privada, fundándose únicamente en alguna de las causales taxativas pero genéricas que contempla el legislador.

En suma, el recurso de nulidad ha sido entendido por la doctrina nacional como “[...] un recurso anulatorio que debe ser cualificado como extraordinario, de efectos devolutivo y suspensivo, que persigue invalidar el juicio oral o la sentencia, o ambos a la vez, sea por error o *vitium in procedendo*, que significa violación de las normas procesales; sea por error o *vitium in iudicando*, que expresa la violación del derecho adjetivo y/o substancial en la aplicación de la ley (*error iuris*).”⁸⁹

3.2. Rol de la nulidad en el nuevo sistema recursal penal.

El recurso de nulidad fue establecido en nuestro sistema procesal penal, a partir de la improcedencia del recurso de apelación en razón de su incompatibilidad con el principio de inmediación, fundamental en el nuevo

⁸⁹ NUÑEZ, CRISTÓBAL. Op. Cit. p. 333.

sistema de enjuiciamiento penal, conjuntamente con las fuertes críticas de las que fue objeto la propuesta original de mantener el recurso de casación e introducir un nuevo recurso denominado “recurso extraordinario”. Este último propuesto para impugnar la sentencia definitiva condenatoria dictada en juicio oral que se apartara manifiesta y arbitrariamente de la prueba rendida en juicio. De ahí el mayor temor que existía era que, en la práctica, se transformara en un recurso ordinario que se utilizara en contra de casi todas las sentencias definitivas dictadas y por ende, permitiera al tribunal superior revisar todos los registros de las pruebas ya rendidas, vulnerando en definitiva la inmediación, misma razón utilizada para excluir el recurso de apelación.

En cuanto a la casación, el recurso de nulidad no fue establecido para transformarse en su reemplazante, sino que vino a materializar la adecuación de nuestro sistema procesal penal a las exigencias de los tratados internacionales vigentes en Chile (v. gr. La Convención Americana sobre Derechos Humanos) y en definitiva, garantizar cabalmente el derecho a un debido proceso. “De lo anterior se colige que la intención del legislador fue consagrar un recurso de nulidad más amplio y con menos

formalidades que la derogada casación en el fondo, ya que está llamado no solo a controlar la correcta aplicación de la “ley penal”, como lo había establecido la jurisprudencia de la Corte Suprema con respecto al alcance del artículo 546 del antiguo Código de Procedimiento Penal, sino que también la correcta aplicación de la “ley procesal”.⁹⁰

En este contexto, la introducción del recurso de nulidad no fue meramente antojadiza, sino que fue fruto de una amplia discusión legislativa tendiente a determinar qué medio de impugnación cumplía en mayor medida con las nuevas exigencias del proceso penal, y en este aspecto, cuál resultaba condescendiente con los principios fundantes de éste. Es a partir de lo dicho, que este recurso fue establecido para jugar un rol fundamental en el nuevo sistema, buscando con ello asegurar la rectitud dentro del proceso, la observancia de las garantías procesales y la correcta aplicación del derecho. De tal modo, como correctamente es señalado por el profesor Chahuán citando la historia del Código Procesal Penal, el principal fundamento del recurso de nulidad son los propios objetivos perseguidos por éste, “un recurso que apunta dos objetivos perfectamente diferenciados:

⁹⁰ *Ibíd.* p. 338.

la cautela del racional y justo procedimiento (mediante el pronunciamiento de un tribunal superior sobre si ha habido o no respeto por las garantías básicas en el juicio oral y en la sentencia recaída en él, de forma que, si no hubiese sido así, los anule) y el respeto de la correcta aplicación de la ley [...], pero ampliado en general a la correcta aplicación del derecho, para incorporar también otras fuentes formales integrantes del ordenamiento jurídico.”⁹¹

3.3. Argumentos a favor de la nulidad como recurso efectivo respecto a las resoluciones que se pronuncian en relación a las penas sustitutivas.

Sabido es, de acuerdo a todo lo señalado, que la situación normativa existente en nuestro régimen de recursos en materia de penas sustitutivas, excluía como medio de impugnación, de toda resolución judicial distinta a aquella que revocaba una pena sustitutiva originalmente impuesta, a la apelación, lo que sumado a la tradición jurisprudencial de nuestros tribunales extendida al recurso de nulidad de no admitir este medio de

⁹¹ CHAHUÁN SARRÁS, SABAS. 2009. Manual del Nuevo Procedimiento Penal. 6ª ed. Santiago, Legal Publishing. p. 348.

impugnación como idóneo en contra de este tipo de decisiones por argumentos que nacieron ya desde la época del recurso de casación⁹², dejaba a los intervinientes del proceso penal y en especial al condenado, en una situación de clara indefensión.

No obstante, esta desmejorada situación que por los factores mencionados se había generado, difícilmente es posible suponer que haya sido previsto por el legislador ni menos querido. Aun más, si consideramos que la reforma procesal penal apuntaba en un sentido radicalmente distinto, como era crear una oportunidad real para que los intervinientes pudieran

⁹² BARRIENTOS PARDO, IGNACIO. Op. Cit. p. 269. Al respecto el autor resume como razones que justifican la doctrina de la Corte Suprema sobre la impugnabilidad de la sentencia definitiva en aquella parte que dice relación con las medidas o beneficios alternativos las siguientes:

1. Lo concerniente al otorgamiento o no de los beneficios contemplados en la Ley N° 18.216 no forma parte de la sentencia definitiva del proceso penal, cuyo fin es determinar la inocencia o culpabilidad de un acusado.
2. Que no puede superar el examen de admisibilidad un recurso de nulidad que pretenda cuestionar la no concesión de beneficios, pues siendo dicho instituto de derecho estricto sólo procede por las causales expresamente señaladas en la ley y en contra de las resoluciones que por su naturaleza lo hacen procedente.
3. Que si bien las cuestiones relativas a beneficios alternativos se resuelven y se consignan materialmente en la sentencia condenatoria, no participan del carácter de sentencias definitivas, ya que no deciden el asunto que ha sido objeto del pleito, sino tan solo determinan un aspecto adjetivo del mismo.

ejercer de manera eficaz sus derechos. Es por esto, que no es de extrañar, que entre los múltiples intentos de recurrir de nulidad en contra de la resolución que denegaba acceder a una “medida alternativa”, en algún momento los Tribunales Superiores se pronunciarían a favor de ellas, aun cuando lamentablemente solo fue un fenómeno aislado. En este sentido, la Corte de Apelaciones de Antofagasta en el año 2008 señalaba en el marco de la causa Rol N° 103-2008, considerando Tercero: “Que, en primer lugar, debe dejarse sentado la procedencia del recurso de nulidad frente al pronunciamiento sobre los beneficios de la Ley 18.216 [...] El procedimiento oral actual prohíbe el recurso de apelación respecto de la sentencia definitiva, permitiéndose su impugnación únicamente mediante este recurso de nulidad, por lo tanto, debe tenerse presente que por obligación del constituyente toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado y es el legislador quien debe establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos, como lo exige el artículo 19 N° 3 inciso quinto de la Constitución Política de la República, de manera que no es posible dejar en la indefensión al imputado frente a un

pronunciamiento condenatorio perjudicial para éste, debiendo el órgano jurisdiccional respetar el debido proceso [...] y en tal medida debe dejarse establecido que el pronunciamiento perjudicial para el imputado respecto del cumplimiento de las penas privativas de libertad referido a los beneficios de la Ley 18.216 es parte integrante de la sentencia condenatoria, que los tratados internacionales y el concepto de debido proceso según la Constitución, lo consideran, por lo tanto, no corresponde -ni en el espíritu, ni en la letra de la ley- excluir del recurso de nulidad a estos conceptos referidos a la ley en comento.”⁹³

⁹³ Jofré Santander, José c/ Moy Plaza, José. 2008. C. A. de Antofagasta. 11.06.2008. Rol n° 103-2008. Ver también Ministerio Público c/ Vera Ross, Carlos. 2007. C. A. de Puerto Montt. 24.08.2007. Rol n° 202-20207. En esta oportunidad el Tribunal Superior, en el marco de un recurso de hecho en contra de la resolución que había declarado inadmisibles un recurso de apelación respecto a la resolución del Tribunal del fondo que había denegado la remisión condicional señaló: “Que, en este orden de ideas el artículo 348 del Código Procesal Penal, es imperativo al señalar en su inciso primero que la sentencia condenatoria fijará las penas y se pronunciará sobre la eventual aplicación de alguna de las medidas alternativas a la privación o restricción de libertad previstas en la ley, por lo que no cabe sino concluir que la naturaleza jurídica del pronunciamiento sobre las medidas alternativas de la ley 18.216 es idéntica a la de la resolución que la contiene, es decir, la de una sentencia definitiva.” Dejando entrever que dada la naturaleza jurídica de la resolución, el recurso que correspondía interponer no era el de apelación, sino que el de nulidad.

En consecuencia, los principales argumentos que buscan explicar la idoneidad del recurso de nulidad como medio de impugnación en el régimen de recursos en materia de penas sustitutivas, giran en torno a dos ideas principales.

La primera de ellas, dice relación con abandonar la concepción errada de considerar al pronunciamiento que hace el juez sobre la procedencia de las penas sustitutivas como un asunto incidental del juicio penal, es decir, el concepto de que si bien está contenido materialmente en la sentencia definitiva, no participa de la naturaleza jurídica de ella, en consecuencia no es susceptible de recurrir vía nulidad. Tal línea argumentativa se dice que es del todo infundado, en razón de que si bien el objeto principal del proceso penal es la determinación de la existencia del hecho constitutivo de delito y de la posible participación del acusado, no es menos cierto que luego de establecidos éstos, es necesario determinar la pena aplicable y la forma de ejecución de estas⁹⁴, argumento que se refuerza con el carácter punitivo de las “medidas” de la Ley N° 18.216 y con la obligación del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, del artículo 348 del Código Procesal Penal, de abrir

⁹⁴ BARRIENTOS PARDO, IGNACIO. Op. Cit. p. 310.

debate inmediatamente dictada la decisión de condena sobre los factores relevantes para la determinación y cumplimiento de la pena.

Sumado a lo dicho, se señala que no es posible desconocer el claro mandato del legislador de incluir el pronunciamiento sobre las penas sustitutivas como parte del contenido de la sentencia definitiva, como lo dispone el artículo 348 del Código Procesal Penal. Este asunto no ha sido discutido cuando se trata de la sentencia definitiva dictada en un procedimiento abreviado en aras de la procedencia del recurso de apelación propio de este tipo de procedimiento, aun cuando los términos del artículo 413 son similares a los de la disposición ya mencionada, con la única diferencia de que los requisitos de la sentencia del procedimiento abreviado está contenido solo en el artículo 413, mientras que en el caso del juicio oral, si la sentencia es condenatoria, está diseminada entre los artículos 342 y 348, lo que no autoriza al intérprete a efectuar –sin razón alguna- la distinción de que en un caso el pronunciamiento sobre las penas sustitutivas es parte de la sentencia definitiva y en otra no.⁹⁵

⁹⁵ *Ibíd.* pp. 306-307.

La segunda idea gira en torno a la factibilidad de subsumir en las causales de procedencia del recurso de nulidad la posibilidad o posibilidades de recurrir en contra de la resolución que se pronuncia sobre la aplicación de una pena sustitutiva, sin que ello signifique afectar la esencia misma de este recurso de carácter extraordinario. De tal modo, las opciones que se plantean, es que el recurrente pueda seguir el camino, en caso que parezca infundada la denegación –o porque no también la concesión- de una pena sustitutiva, de la impugnación en razón de la falta de fundamentación o fundamentación insuficiente, causal extraída del artículo 374 letra e) en relación con el artículo 342 letra c), ambos del Código Procesal Penal⁹⁶, siendo al respecto una clara infracción al debido

⁹⁶ Ministerio Publico c/ Ítalo Alberto Trujillo Moraga. 2006. C. A. de San Miguel. 05.05.2006. Rol n° 338-2006. Se señala al respecto: “Quinto: Que el artículo 374 del Código Procesal Penal, señala que serán siempre anulados el juicio y la sentencia: e) cuando en la sentencia, se hubiere omitido alguno de los requisitos previstos en el artículo 342 letra c), lo que acontece en la especie, en que no se hizo la valorización de los medios de prueba- de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 297 del mismo código- en que el Tribunal fundamentó su negativa a conceder al condenado el beneficio de libertad vigilada. En efecto, la sentencia que se revisa por vía de nulidad, no efectúa apreciación alguna, sobre el informe social -aparte de indicar que debe tenerse como un documento, por no haber concurrido a declarar como perito quien lo suscribe- ni

proceso, al no exponerse los fundamentos de una de las decisiones sobre las cuales debe pronunciarse el Tribunal en virtud del ya mencionado artículo 348. O bien, pueda seguir el camino de fundamentarlo mediante la causal de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, es decir, errónea aplicación del derecho (al respecto sentencia de Corte de Apelaciones de Antofagasta en causa Rol n° 103-2008, *supra* cita n° 91), al conceder o no conceder una pena sustitutiva fuera de las hipótesis establecidas expresamente en la Ley N° 18.216, con lo que a juicio de ciertos autores, se podría evitar la realización de un nuevo juicio oral, con el consecuente peligro de que en este nuevo juicio se imponga una pena privativa de libertad mayor a los límites que permite la procedencia de una pena sustitutiva, siendo por esta razón para el autor citado con anterioridad,

respecto de la hoja de vida como funcionario, cuyo contenido no se menciona, ni de las calificaciones laborales del imputado, antecedentes todos hechos valer por la defensa, en la audiencia que se celebró de conformidad con lo dispuesto en el artículo 343 del Código Procesal Penal, para fundamentar sus peticiones y sobre los cuales el tribunal estaba obligado a resolver en la audiencia de lectura de sentencia, de acuerdo a lo ordenado en el acápite final de la última disposición legal citada precedentemente [...] Sexto: Que por lo señalado precedentemente, deberá esta Corte, en cumplimiento a lo ordenado por el artículo 374 letra e) con relación al artículo 342 letra c) del Código Procesal Penal, declarar la nulidad del juicio y de la sentencia recurrida.”

Ignacio Barrientos, la alternativa más adecuada, donde si bien “esta solución exige una interpretación amplia de la infracción de un precepto legal y que además requiere extender la aplicación del art. 385 del CPP, para que en caso de acogimiento del recurso se dicte sentencia de reemplazo, considerando que se configura la circunstancia de haberse aplicado una pena superior a la que correspondiere legalmente.”⁹⁷

4. ANÁLISIS CRÍTICO DEL MECANISMO DE IMPUGNACIÓN ESTABLECIDO EN LA LEY N° 20.603 A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS QUE INSPIRAN EL RÉGIMEN DE RECURSOS DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL.

Luego de revisados los argumentos que se han dado para abogar por la idoneidad del recurso de apelación y del recurso de nulidad como medios de impugnación de las resoluciones dictadas respecto a las penas sustitutivas, queda analizar la coherencia del régimen de recursos del sistema procesal penal con la entrada en vigencia de la Ley N° 20.603, que es sabido, introdujo un nuevo artículo 37 a la Ley N° 18.216, en donde establece la apelación como recurso en contra de las resolución que contiene la decisión

⁹⁷ BARRIENTOS PARDO, IGNACIO. Op. Cit. p. 316.

acerca de la concesión, denegación, revocación, sustitución, reemplazo, reducción, intensificación y término anticipado de las penas sustitutivas.

Esta modificación legal fue la respuesta del legislador a la situación que se había generado tras la reforma procesal penal, y en definitiva, fue la forma de darle la debida eficacia a una garantía mínima judicial, como es el derecho al recurso.

La pregunta que surge inmediatamente, es si el recurso de apelación es el medio que responde a la exigencia de un debido proceso, y aun más, si es el medio que correspondía establecer en virtud de los principios que inspiran el régimen de recursos del proceso penal.

Al respecto, no cabe duda, que era necesario el establecimiento normativo de un recurso en contra de las resoluciones mencionadas, satisfaciendo con ello las exigencias de un debido proceso⁹⁸; garantía

⁹⁸ Aarón Vásquez Muñoz c/ 8° Juzgado de Garantía de Santiago. 2008. Tribunal Constitucional. 30.01.2008. Rol n° 986-2007. Se señala que. “[...] por debido proceso se entiende aquel que cumple integralmente la función constitucional de resolver conflictos de intereses de relevancia jurídica con efecto de cosa juzgada, protegiendo y resguardando, como su natural consecuencia, la organización del Estado, las garantías constitucionales y, en definitiva, la plena eficacia del Estado de Derecho. A este

procesal que de acuerdo a los Tratados Internacionales, entre ellos la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, es integrada de manera trascendental por el derecho al recurso, en donde sin embargo, es conteste, que dicha garantía no exige un recurso en particular, sino que se cumple con el establecimiento de un recurso amplio, eficaz y sin restricciones que infrinjan la esencia misma del derecho.⁹⁹

respecto, el debido proceso cumple una función dentro del sistema, en cuanto garantía del orden jurídico, manifestado a través de los derechos fundamentales que la Constitución le asegura a las personas. Desde esta perspectiva el imperio del derecho y la resolución de conflictos mediante el proceso son una garantía de respeto por el derecho ajeno y la paz social. En síntesis, el debido proceso, más allá de consagrar los derechos de los litigantes, y el poderdeber del juez en la forma que el constituyente ha establecido para eliminar la fuerza en la solución de los conflictos, genera un medio idóneo para que cada cual pueda obtener la solución de sus conflictos a través de su desenvolvimiento.”

⁹⁹ Comité de Derechos Humanos, 90º periodo de sesiones, Ginebra, 9 a 27 de julio de 2007, CCPR/C/GC/32. Citado en: BARRIENTOS PARDO, IGNACIO. Op. Cit. p. 278. Al respecto se señala que: “impone al Estado Parte la obligación de revisar sustancialmente el fallo condenatorio y la pena, en lo relativo a la suficiencia tanto de las pruebas como de la legislación, de modo que el procedimiento permita tomar debidamente en consideración la naturaleza de la causa. Una revisión que se limite a los

En tal medida, tanto el recurso de apelación como el de nulidad, podrían encontrarse en la situación de satisfacer la garantía establecida en los Tratados Internacionales, lo que no se traduce necesariamente, en que cualquiera de los dos responda al nuevo paradigma del régimen de recursos imperante en el proceso penal. Teniendo en consideración que la transformación del juicio penal, conllevó una modificación radical en la forma de concebir a los recursos, pasando desde una concepción de medios de control jerárquico de las decisiones de los Tribunales inferiores por parte de los Tribunales Superiores, a mecanismos por medio de los cuales se hace efectivo un derecho fundamental de los intervinientes del proceso; en donde el control ya no proviene de una estructura vertical, sino que los medios ahora se configuran de una forma horizontal, es decir, donde las decisiones son fruto de complejas discusiones donde concurren la mayoría de los intervinientes, complementado por principios como la inmediación, la oralidad y la publicidad; y en donde la desaparición de la doble instancia se ve compensado por la llamada doble conformidad, garantía que ha sido identificada “[...] con “el derecho a un nuevo juicio” cuando “mediante el

aspectos formales o jurídicos de la condena solamente, no es suficiente al tenor del Pacto.”

recurso se comprueba que la condena, por fallas judiciales en el procedimiento, en la percepción directa de los elementos de prueba por parte del tribunal que la dictó o, incluso, por fallas en la solución jurídica del caso, no puede ser confirmada como intachable y, por ende, no se sostiene frente al recurso”.¹⁰⁰

En este orden de ideas, donde el recurso de apelación ha perdido la preponderancia que tenía en el sistema procesal criminal antiguo, pareciera –tal como fue señalado anteriormente en este trabajo- que su mantenimiento, aun cuando es limitado, se ha debido única y exclusivamente a razones históricas, razonamiento que es perfectamente extensible a la situación jurídica generada en materia de penas sustitutivas con la modificación introducida con la Ley N° 20.603. Esto en atención a que los argumentos dados para el restablecimiento de la apelación se basan en presupuestos altamente cuestionables.

Respecto a esto último, se ha hecho referencia reiteradamente a la teoría de la disgregación de la sentencia definitiva, como principal argumento para negar que el pronunciamiento sobre la procedencia de una pena sustitutiva

¹⁰⁰ HORVITZ, MARÍA INES y LÓPEZ MASLE, JULIÁN. Op. Cit. p. 359.

participe de este carácter y en consecuencia, que sea recurrible por el mismo medio que el establecido para la sentencia definitiva. Argumento que no es lo suficientemente fuerte para negar la procedencia del recurso de nulidad, si consideramos que lo que se pretende es extender una teoría que es aplicable en el ámbito civil por una norma expresa a un ámbito donde el legislador no lo ha establecido de tal manera, y aun más, los artículos 348 y 413 apuntan en un sentido diametralmente distinto. Así lo señaló en su momento el voto de minoría en la causa ROL N° 203-2011 de la Corte de Apelaciones de La Serena, “1° Que la lacónica norma del Código Procesal Penal contenida en el artículo 372, que hace referencia a la recurribilidad de la sentencia definitiva sin más, no hace distinción de ninguna especie ni excluye de entre las diversas decisiones contenidas en la sentencia definitiva, aquellas que no participan de la naturaleza de tal, de modo que mal podría sostenerse que el legislador ha querido excluir o privar del acceso al recurso a alguna decisión como la que recae sobre beneficios alternativos contenida en la sentencia definitiva de condena.

2° Que la interpretación criticada se ha hecho con base en la denominada tesis de la disgregación de la sentencia definitiva, la cual resulta, sobre todo tras la reforma procesal penal, muy discutible.”¹⁰¹

Sumado a lo anterior, otro punto frágil de este argumento, es el hecho de que negar el carácter de sentencia definitiva al pronunciamiento sobre el que se está tratando, necesariamente significa atribuirle un carácter diverso, lo que nuestros Tribunales Superiores tímidamente han hecho, tendiendo a afirmar un supuesto carácter administrativo al mismo, donde el tribunal respectivo solo se pronuncia respecto a la pena sustitutiva por una exigencia expresa del legislador y no por el ejercicio propio de la jurisdicción. Siendo esto último un claro error jurídico, si tenemos en cuenta que el pronunciamiento sobre una pena sustitutiva forma parte de un asunto de tanta trascendencia como es la determinación de la pena a cumplir por parte del condenado.¹⁰²

¹⁰¹ Ministerio Público c/ Campaña Munizaga, Juan y otro. 2011. C. A. de La Serena. 24.08.2011. Rol n° 203-2011.

¹⁰² MARÍN GONZÁLEZ, JUAN. Op. Cit. pp. 87-89.

Por su parte, el argumento que fundamenta la apelación en razón de los términos utilizados en el artículo 343 inciso final del Código Procesal Penal, en donde se señala que el tribunal para resolver acerca de la procedencia de alguna de las pena sustitutivas lo hará en base a los “antecedentes” aportados por las partes, pretende afirmar que dicho texto legal se está refiriendo únicamente a pruebas escritas, lo que en definitiva derriba la limitación a la procedencia del recurso de apelación en aras de la inmediación. Concepción apresurada del concepto antecedente, si tomamos en cuenta que ante la falta de definición legal debemos preferir su sentido natural y obvio, y en tal medida la Real Academia Española establece como una de las acepciones de antecedente la: Acción, dicho o circunstancia que sirve para comprender o valorar hechos posteriores. De lo que es posible afirmar, que a lo menos es dudoso, que el legislador dentro de un procedimiento donde predomina la oralidad, haya querido dejar la comprobación de las circunstancias que hacen procedente la imposición de una pena sustitutiva reducido a la presentación meramente de pruebas escritas, las que sin duda pueden ser aportadas como documentos, no rigiendo al respecto la limitación en la forma de presentación de las pruebas

que rige en el juicio oral, si consideramos que la única norma de la Ley N° 18.216 que se refiere a este asunto es relativa al incumplimiento o quebrantamiento, en donde el artículo 28 dispone que la aportación de pruebas se realizará de manera desformalizada, pero sin limitar de modo alguno los medios de comprobación que pueden utilizarse. De tal modo y con mayor razón cuando estamos frente a la procedencia de una pena sustitutiva no es posible restarle importancia a medios probatorios distintos a un instrumento, y en donde requieren en su caso, la apreciación directa por parte del juez a la hora de atribuirles el valor correspondiente según las reglas de la sana crítica. Así la Corte de Apelaciones de San Miguel, pronunciándose respecto a un recurso de Nulidad, Rol N° 338-2006, en su considerando quinto reconoce que un informe pericial presentando en virtud del artículo 343 CPP, en que no concurre el perito responsable a declarar, debe tenerse por un documento, permitiendo con ello presumir que reconoce la posibilidad de aportar otros medios de prueba distinto a un mero documento.¹⁰³

¹⁰³ Ministerio Público c/ Trujillo Moraga, Ítalo. 2006. C. A. de San Miguel. 05.05/.2006. Rol n° 338-2006.

En definitiva, el restablecimiento del recurso de apelación en la Ley N° 18.216, si bien no es el medio más concordante con los principios recursivos del proceso penal, no puede desconocerse que ha tenido como finalidad dar solución a uno de los grandes problemas generados con la reforma procesal penal y resolver normativamente la situación generada principalmente por la jurisprudencia, al negar la posibilidad de recurrir de nulidad en contra de estas resoluciones. Pero esto no significa que se debe olvidar que la apelación a la luz del régimen de recursos del Código Procesal Penal no era el medio más adecuado, advertencia que paradójicamente fue señalada por la propia Corte Suprema en la tramitación legislativa¹⁰⁴.

¹⁰⁴ Oficio de la Corte Suprema a la Comisión de Constitución de la Cámara de Revisora. 2012. Historia de la Ley N° 20.603. p. 877. Al respecto señala: “En el primer caso no consideró aconsejable contemplar un recurso de apelación, pues no se condice con el sistema recursivo establecido en el Código Procesal Penal relativo a la sentencia definitiva y similar opinión emitió a través del Oficio N° 94, de 7 de mayo de 2009, al informar el proyecto de ley destinado a modificar el actual artículo 25 de la Ley N° 18.216 con el objeto de incorporar el recurso de apelación en los casos de concesión o denegación de la medida alternativa.

En definitiva, se considera que la posibilidad de apelar en los casos de conceder o denegar la pena sustitutiva sería incongruente con el sistema recursivo del Código Procesal Penal [...]”

En este último sentido y para finalizar este capítulo, es menester concluir que con el establecimiento expreso del recurso de apelación, no se ha zanjado la discusión sobre cuál es el recurso más afín con nuestro sistema procesal penal, en atención a que la situación jurídica actual permite no solo recurrir de apelación en virtud del artículo 37 de la Ley N° 18.216, sino también de nulidad de acuerdo a las reglas generales –situación comparativamente mucho más favorable a la existente con anterioridad a la Ley N° 20.603-. Por lo menos así lo ha entendido nuestra Corte Suprema: “DÉCIMO SEXTO: Que si bien el artículo 37 de la ley N° 18.216 establece un recurso de apelación subsidiario para reclamar de esta decisión cuando se halle inserta en la sentencia, cuyo es el caso, la modificación introducida al artículo 348 del Código Procesal Penal mutó su naturaleza, por lo que hoy reviste otro carácter, y es así como el nuevo artículo 1° de la Ley N° 18.216 se refiere a los beneficios alternativos como penas, integrantes de la sentencia, de manera que puede ser alcanzada esa parte de la decisión por el recurso de nulidad. [...] En tal sentido, constatado el error de derecho en que incurrió el fallo, se acogerán los recursos por la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, toda vez que siendo ajeno el vicio a las

formalidades del juicio y a los hechos demostrados, condujo al tribunal oral a la imposición de una pena más grave que la designada en la ley, lo que esta Corte enmendará de la forma establecida en el artículo 385 del Código Procesal Penal.”¹⁰⁵

¹⁰⁵ Ministerio Público c/ Rodríguez Court, José. 2013. Corte Suprema. 02.12.2013. Rol nº 9745-2013.

CAPÍTULO IV

LA EJECUCIÓN DE LAS PENAS SUSTITUTIVAS DE LAS PENAS PRIVATIVAS O RESTRICTIVAS DE LIBERTAD.

Efectuado en los acápite anteriores la descripción y el respectivo análisis de dos aspectos fundamentales del tratamiento de las penas sustitutivas, como es la procedencia y el régimen de recursos, parece oportuno centrar el último capítulo de este trabajo en el tratamiento sobre uno de los grandes problemas procesales de la normativa existente en esta materia, como es la ejecución de las penas sustitutivas. Dicho problema es factible de analizar en tres grandes aspectos: el primero de ellos, la falta de una Ley general de ejecución de penas, no limitado únicamente a las penas privativas o restrictiva de libertad, sino sumado también a las penas sustitutivas y las medidas de seguridad, permitiendo con ello un tratamiento sistemático y coherente de la etapa de ejecución de la sentencia penal condenatoria; segundo aspecto, la necesidad de fortalecer la ejecución material de las penas sustitutivas y el papel del monitoreo telemático en esta función; y por último, la deuda pendiente de nuestra legislación respecto a la necesidad de un Tribunal especializado con competencia en los asuntos

surgidos durante la etapa de ejecución de las penas, centrado en nuestro caso particularmente en las sustitutivas de las penas privativas o restrictivas de libertad.

1. REGULACIÓN NORMATIVA DE LA EJECUCIÓN.

1.1. Estado actual del derecho de ejecución penal.

Las normas aplicables a la ejecución de las sentencias condenatorias penales se encuentran establecidas en el artículo 467 del Código Procesal Penal, disposición que señala que la ejecución se efectuará de acuerdo con las normas del párrafo 2° del Título VIII del Libro IV del mismo Código y de las demás leyes especiales; siendo al respecto, los artículos comprendidos en el apartado señalado del Código Procesal Penal más bien escuetas y referidos a aspectos meramente generales, debiendo en consecuencia buscar en las “leyes especiales” el contenido específico de la regulación de la fase de ejecución penal.

De tal modo, el derecho ejecutivo penal está integrado por diversas normas, las cuales se hacen cargo de las distintas penas que componen nuestro sistema penal, tanto privativas o restrictivas de libertad, restrictivas

de otros derechos, como penas sustitutivas; siendo éstas tanto de nivel legal como reglamentario, todo esto en virtud de lo prescrito por nuestro legislador en el artículo 80 del Código Penal, donde señala que la ejecución penal se realizará en la forma establecida por la ley, como también por lo dispuesto en los reglamentos especiales. En este sentido, se deben mencionar como principales normas, sumado al Código Penal, al Código de Procedimiento Penal y al Código Procesal Penal; la Ley N° 2.859, Ley Orgánica de Gendarmería de Chile; el Decreto Supremo N° 518 de 1998 del Ministerio de Justicia, más conocido como el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios; el Decreto Ley N° 321 de 1925, que establece la libertad condicional para los penados; la Ley N° 19.586 y su respectivo reglamento el Decreto N° 685 del Ministerio de Justicia de fecha 29 de noviembre de 2003, mediante el cual se crea un sistema de reinserción social de los condenados sobre la base de observación de buena conducta; la Ley N° 18.216 y sus respectivos reglamentos, el Decreto N° 1.120 del Ministerio de Justicia de 1983, el Decreto N° 552 del Ministerio de Justicia de 2013 (Reglamento de la pena de prestación de servicios en beneficio de la comunidad), y el Decreto N° 515 del Ministerio de Justicia

de 2013 (Reglamento de Monitoreo telemático de condenados a penas sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad).

De la enumeración normativa anterior, es posible afirmar que nuestra regulación en esta materia se caracteriza por ser dispersa y atomizada, lo que conlleva múltiples problemas de coherencia interna, afectando la adecuada interpretación y aplicación judicial de dichas disposiciones. De tal forma es posible concluir que “En nuestro ordenamiento, existe un conjunto de disposiciones de distinto rango, diseminadas a través de la diversa normativa positiva, que tiene vinculación, enlace y trascendencia respecto del cumplimiento de las penas y que atenta contra la unidad del sistema, e impide un adecuado control jurisdiccional sobre el cumplimiento efectivo de las sentencias impuestas.”¹⁰⁶

1.2. Necesidad de una Ley General de Ejecución de Penas.

En el curso de este trabajo, se ha señalado que el principio de legalidad en materia penal no se reduce únicamente en la exigencia de que el delito y la pena estén determinados *ex ante* por la ley y que la existencia del delito y

¹⁰⁶ SEPÚLVEDA CRERAR, EDUARDO. 2004. La jurisdiccionalización de la ejecución de las penas en Chile. Cuadernos judiciales / Instituto de Estudios Judiciales (8). p. 110.

la imposición de la pena sea determinado por un juez competente siguiendo un procedimiento legalmente establecido, sino que también es necesario que la ejecución de la pena esté sujeto a una ley. La cual, más allá de establecer la naturaleza de la pena y su duración, se preocupe adicionalmente de las circunstancias y modalidades relevantes durante la etapa de cumplimiento. La aplicación de esta garantía ejecutiva del principio de legalidad teóricamente no es discutible, toda vez que las sanciones penales, por su propia naturaleza, implican una privación o restricción de derechos fundamentales, cuya limitación que no afecte su esencia sólo puede ser efectuada en virtud de una Ley.

Sin atender a la importancia que reviste el hecho de que el principio de legalidad en materia ejecutiva penal reciba aplicación, como lo exige un Estado de Derecho, tradicionalmente el mismo no ha sido observado de modo alguno o no lo ha sido en la extensión debida. Quizás dicha marginalidad en el tratamiento de esta etapa procesal se deba a la poca importancia y preocupación que durante mucho tiempo se le ha dado, tendencia que parece ir en franca retirada a partir de las exigencias establecidas en los Tratados Internacionales sobre derechos humanos,

faltando no obstante aun, asumir por parte de nuestro legislador la necesidad de elaborar un cuerpo legal unitario que se preocupe de la regulación sistemática y coherente de todas las implicancias de la etapa de ejecución penal. Mientras tanto, la situación en Chile sigue caracterizándose por una clara infracción al principio de legalidad, en donde “la exigencia de la legalidad de la ejecución de las penas se viola en un doble sentido: la ley no regula suficientemente la forma de su ejecución y no existe un adecuado sistema de control de la manera en que las autoridades penitenciarias ejecutan las penas y medidas alternativas.”¹⁰⁷

Respecto al primer aspecto, es claramente identificable a partir de la jerarquía de las normas que regulan el cumplimiento efectivo de las penas privativas o restrictivas de libertad, en donde por más que el Reglamento Penitenciario ha avanzado en aras de adecuar la legislación chilena a los Tratados Internacionales ratificados y vigentes en Chile, no deja por ello de ser una norma infra legal emanada de la potestad reglamentaria del

¹⁰⁷ MERA FIGUEROA, JORGE y COUSO SALAS, JAIME. 2003. Hacia un sistema de control de la ejecución de penas no privativas de libertad. Boletín Jurídico del Ministerio de Justicia (4-5). pp. 116-117.

Presidente de la República que, por ende, no satisface la garantía ejecutiva del principio de legalidad.

En cuanto al tema que a nosotros particularmente nos interesa, una primera impresión es que el principio de legalidad no se ve vulnerado en materia de penas sustitutivas, como no, si su regulación se encuentra contenida en la Ley N° 18.216; ahora bien, el problema radica en este caso en la extensión que tiene la garantía ejecutiva penal del principio de legalidad, en donde no basta la mera formalidad de que los asuntos de trascendencia de la ejecución de las penas sustitutivas se encuentren contenidos en una norma de rango legal, sino que dicha ley contenga una regulación suficiente y completa, y en tal sentido, tenga la capacidad de dar las pautas para resolver una serie de problemas tanto formales como sustanciales. Esta amplitud de la garantía mencionada parece no verse satisfecha en la regulación de las penas sustitutivas, toda vez que existen ciertos asuntos no solucionados legalmente. Entre los que cabe señalar, la ausencia de un estatuto de garantías y derechos para los condenados en términos similares a lo dispuesto por el legislador en el artículo 93 y otras normas pertinentes del Código Procesal Penal, que si bien son aplicables al

condenado en virtud del artículo 7 del mismo Código, que establece que las facultades, derechos y garantías del imputado se extienden hasta la completa ejecución de la sentencia; se hace necesario una ampliación del mismo, teniendo en consideración la situación jurídica y material en la que se encuentre el sujeto sometido a una pena.

Sumado a lo anterior y relacionado con el segundo aspecto mencionado, el principio de legalidad, se ve también vulnerado al no existir un control jurisdiccional real de la ejecución penal, que permita evitar la arbitrariedad de las autoridades administrativas encargadas de su cumplimiento. De este modo, tal como señala el jurista italiano Glauco Giostra: “es pacífico en la doctrina que el principio de legalidad postula la realización del principio de jurisdiccionalidad: de nada serviría la posibilidad de conocer anticipadamente las consecuencias penales de la propia conducta si posteriormente éstas pudieran ser aplicadas de forma arbitraria e incontrolable.”¹⁰⁸ Este punto no deja de ser relevante, dado que difícilmente es posible avanzar en una discusión seria respecto a la creación de una

¹⁰⁸ GIOSTRA, GLAUCO. Il procedimento di sorveglianza nel sistema processuale penale. Dalle misure alternative alle sanzioni sostitutive. Milano, Giuffrè, 1983, p. 34. Citado en: HENDLER, EDMUNDO. Op. Cit. p.153.

jurisdicción especial en materia de cumplimiento de las sentencias condenatorias penales –asunto que analizaremos al final de este capítulo-, si aun no llegamos a la posibilidad de elaborar un cuerpo legal que se preocupe de regular esta fase del procedimiento, no ya de manera fragmentada, sino unitariamente, mediante un solo cuerpo legal o con su inclusión en el Código Procesal Penal, que permita superar los graves problemas de coherencia, de lagunas legales y, en definitiva, de vulneración de derechos fundamentales.

Una Ley de Ejecución Penal o una modificación al Código Procesal Penal en aras de ampliar la regulación de la ejecución penal, no es un asunto desconocido en el derecho comparado, sino por el contrario, es una modificación en la que muchos Estados han avanzado como resultado de las adecuaciones de los ordenamientos jurídicos internos a las exigencias de los Tratados Internacionales de derechos humanos, y en definitiva a las exigencias propias de un Estado de derecho. Es así como, no es extraño encontrar cuerpos normativos de rango legal en sistemas comparados dentro de la región, tales como, la Ley de Ejecución Penal y Supervisión N° 2.298 de 2003 de Bolivia; el Código de Ejecución Penal, Decreto Legislativo N°

654 de 1991 de Perú; la Ley sobre ejecución de la pena privativa de Libertad, Ley N° 24.660 de 1996 de Argentina; la Lei de Execução Penal de Brasil; la Ley Penitenciaria de la República del Salvador; la Ley de Régimen Penitenciario y de Ejecución de la Pena de Nicaragua; la Ley de Ejecución de Sanciones Penales y Reinserción social para el Distrito Federal en México; la Ley de Ejecución de la Pena de República Dominicana. Mientras que de los sistemas jurídicos de la Europa Continental se pueden mencionar a España con su Ley Orgánica General Penitenciaria y Alemania con su Ley sobre la Ejecución de la Pena Privativa de Libertad y de las Medidas Privativas de Libertad de Mejoramiento y Seguridad.¹⁰⁹ Esta enumeración meramente referencial, demuestra que nuestro ordenamiento jurídico no ha avanzado en la misma dirección en la regulación de la fase ejecutiva del proceso penal, siendo por ende, indispensable, para seguir progresando en la modernización del sistema penal, la dictación de un cuerpo orgánico de normas de rango legal que se preocupe de la ejecución de todas las penas.

¹⁰⁹ ALMONACID ZAPATA, PAMELA. 2013. Ley de ejecución de penas: Realidad normativa de Chile y Análisis de Derecho Comparado. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile. pp. 78-79.

2. CONTROL ADMINISTRATIVO DE LA EJECUCIÓN DE PENAS SUSTITUTIVAS.

2.1. Funcionamiento operativo del sistema de ejecución de las penas sustitutivas.

El cumplimiento de las penas impuestas a través de la sentencia penal condenatoria firme o ejecutoriada reviste un doble carácter. Por un lado uno estrictamente jurídico, cuyo control depende o debería depender únicamente de los tribunales de justicia, y es en donde existe la mayor diversidad de modelos propuestos para su implementación. Por otro lado, no es posible desconocer, que el cumplimiento de la pena posee una faz material, cuyo control en la generalidad de los países se encuentra entregada a autoridades administrativas penitenciarias. De este modelo no escapa nuestro sistema de ejecución de penas sustitutivas, de tal forma que la Administración del Sistema le corresponde a Gendarmería de Chile, que de acuerdo a lo señalado en el artículo 1° de la Ley N° 2.859, Ley Orgánica de Gendarmería de Chile, es un Servicio Público dependiente del Ministerio de Justicia, que tiene por finalidad atender, vigilar y contribuir a la reinserción social de las

personas que por resolución de autoridades competentes, fueren detenidas o privadas de libertad y cumplir las demás funciones que le señale la ley.

Anterior a la modificación a la Ley N° 18.216, la unidad encargada dentro de Gendarmería de Chile del control y supervisión de la ejecución de las penas sustitutivas era la Sección de Tratamiento en el Medio Libre. No obstante, dado la función amplia que la Ley N° 18.216 establece al órgano administrativo controlador de la ejecución, no limitado simplemente a un papel de vigilancia y atención, sino que de manera esencial a la promoción y facilitación de la reinserción social del condenado.¹¹⁰ En este sentido,

¹¹⁰ GENDARMERÍA DE CHILE. 2015. [en línea] <<http://www.gendarmeria.gob.cl/>> [consulta: 19 de enero 2015]. Al respecto se señala como funciones:

“Vigilancia: Acción ejercida por la Administración Penitenciaria que implica la observación activa, atenta y personalizada de la conducta de las personas puestas a su disposición, en cualquier condición, con el fin de prevenir toda acción que pueda atentar contra el deber institucional de hacerlas cumplir la pena impuesta; de ponerlas oportunamente a disposición de los tribunales cuando éstos lo soliciten. En el caso de la población penal con Medidas Alternativas a la Reclusión o con Beneficios Intrapenitenciarios, la vigilancia adquiere el carácter de control del cumplimiento de las medidas restrictivas de libertad.

Atención: Acción, a través de la cual el Servicio, directamente o a través de terceros, proporciona a las personas reclusas, un conjunto de condiciones básicas en materia de: infraestructura, higiene ambiental, alimentación, vestuario personal y ropa de cama, aseo

como una forma de adecuarse a esta reafirmación de principios del legislador respecto a la función de reinserción social que revisten las penas sustitutivas, hoy la sección encargada de cumplir esta función, es el Departamento de Reinserción Social en el Sistema Abierto de Gendarmería de Chile, donde la operación del sistema se efectúa mediante los Centros de Reinserción Social, dependientes del Departamento mencionado.

Más allá de la denominación que se le asigne a la división orgánica encargada del cumplimiento de las penas sustitutivas, una de las grandes críticas de las cuales no se ha hecho cargo el sistema penitenciario, es el

personal, atención de salud, facilidades de comunicación, atención espiritual, acceso a la educación, al trabajo, a la cultura, a la información, al deporte y recreación, de las que ha sido privada como consecuencia de la reclusión, de manera de aminorar el deterioro físico y psicológico de ella, evitar causar daños innecesarios y facilitar el ejercicio de los derechos no restringidos por la reclusión. Desde la perspectiva ciudadana, se entiende por atención la entrega de información en los plazos legales, así como la entrega de las respuestas de las solicitudes de información bajo las leyes 19.880 y 20.285 de acceso a la información pública.

Asistencia: Acción a través de la cual el Servicio, directamente o través de terceros, estimula el desarrollo de condiciones individuales de las personas condenadas durante el período de permanencia en el sistema penitenciario, de manera de lograr la modificación de conductas y motivaciones que inciden en la génesis de los actos delictivos y en la preparación del individuo para su incorporación activa en el medio libre.”

carácter militarizado de Gendarmería de Chile, carácter que se desprende de lo señalado en el artículo 2º de su Ley Orgánica, la cual lo describe como una institución jerárquica, uniformada, disciplinada y obediente; sumado, a que sus atribuciones históricas, su cultura y sus prácticas institucionales se asocian a un rol de custodia intramuros y a una práctica de prevención de quebrantamiento de las medidas, donde la solución ha tendido a ser dirigida hacia la recapacitación del personal penitenciario, olvidando lo arraigado que se encuentra en la estructura de este servicio, su lógica militar. En este sentido la académica Loreto Hoecker plantea que “la innovación en la legislación procesal ha significado exigencias y conflictos para Gendarmería de Chile en el plano operativo, normativo, del ejercicio de sus atribuciones y del propio sentido de la misión y de las funciones que cumple esta institución. Está planteada la necesidad de redefinir y precisar el rol de Gendarmería acorde a estos cambios; lo que supondría modificar la ley orgánica del servicio, explicitando de manera acorde a la reforma, la misión institucional y las funciones legalmente asignadas a éste, y examinar

la adecuación de la definición actual de la institución como “jerarquizada, uniformada, disciplinada y obediente.”¹¹¹

Si bien la administración del sistema de cumplimiento de las penas sigue siendo un tema pendiente, no sólo dentro de las penas sustitutivas, en estas últimas se ha avanzado en una clara tendencia en la integración de la comunidad en el control material de la ejecución de las mismas. Es así como, con la introducción en la Ley N° 18.216 de la pena sustitutiva de prestación de servicio en beneficio de la comunidad, si bien Gendarmería de Chile sigue siendo quien facilita la ejecución de la misma, se le permite en el artículo 10 el establecimiento de los convenios que estime pertinente con organismos públicos o privados sin fines de lucro, que permitan el cumplimiento de tales fines. Del mismo modo lo establece el artículo 18 en el caso de la libertad vigilada y la libertad vigilada intensiva, en donde todo organismo estatal y comunitario que otorgue servicios de salud, educación, capacitación profesional, empleo, recreación y similares deben considerar las solicitudes de los delegados de libertad vigilada tendiente al tratamiento

¹¹¹ HOECKER, LORETO. 2004. Modernización del Estado y de la sociedad chilena: el caso de la reforma de la justicia penal en Chile. Revista de la Academia (9): p. 28.

de los condenados. Es por ende, posible estimar que el legislador ha querido reconocer y atribuir cierto grado de compromiso y participación por parte de la sociedad civil en la fase de ejecución de la pena, aun cuando se limite sólo a ciertas penas sustitutivas; lo que en definitiva, permite reflejar un grado de avance en un nuestro sistema de ejecución penal, acorde con un Estado Democrático de Derecho.

2.2. El monitoreo telemático.

a. Antecedentes históricos.

El “monitoreo telemático” es una noción nueva para nuestro sistema de cumplimiento de penas sustitutivas, recién introducido con la entrada en vigencia de la Ley N° 20.603, y en tal sentido al ser un vocablo ajeno a nuestro idioma y que poco nos dice, los autores nacionales han debido establecer un concepto general del mismo, donde se le configura como aquel sistema, que con el objeto de controlar el cumplimiento de las penas, utiliza técnicas de telecomunicación e informática de larga distancia, permitiendo localizar al sujeto de dicho control, que se encontrare en libertad, en un espacio y tiempo determinado.

Según lo anterior, la tendencia general es asociar el monitoreo telemático únicamente al llamado brazalete electrónico, lo que no es del todo cierto, tal como queda demostrado con los distintos dispositivos que han sido utilizados en los sistemas comparados, que largo recorrido llevan en comparación con nosotros, pudiendo reconocer por ende, que “las *tecnologías utilizadas* han sido tres: *monitorización por radiofrecuencia*, dispositivo no removible que se instala en el tobillo del sujeto. Este dispositivo envía señales a una unidad básica instalada en el domicilio de la persona, el que a su vez envía información al centro de monitoreo. En segundo lugar, se encuentra el *monitoreo biométrico*, mecanismo de reconocimiento de voz, instalado en una computadora, que tiene por función llamar aleatoriamente al domicilio del sujeto con el fin de verificar la presencia del mismo. Finalmente, se utiliza el *monitoreo satelital* o GPS, mediante el cual se sigue al sujeto a todos los lugares donde se dirige, por medio de la emisión de señales satelitales al centro de monitoreo.”¹¹²

En pos de lo anterior, el monitoreo telemático, si bien es un sistema de control nuevo en nuestro ordenamiento jurídico y hoy reducido

¹¹² PEÑA CAROCA, IGNACIO. Op. Cit. p. 170.

exclusivamente a ciertas penas sustitutivas, dicha situación no se repite en el derecho comparado, siendo el primer dispositivo que cumplía las características de este control a distancia por medios tecnológicos, el llamado *Behavior-Reinforcer*. Este es un trabajo experimental desarrollado en la década de los sesenta en la Universidad de Harvard. Siendo a partir de éste, múltiples los intentos en los Estados Unidos de América por implementar un sistema de monitoreo telemático que fuera eficaz en el control del cumplimiento de las penas, siendo en el año 1983 cuando se impuso por primera vez en el marco de una sentencia de arresto domiciliario y masificándose la utilización del mismo, tanto como forma de control de medidas alternativas, pero también como forma alternativa de ejecución de la pena de prisión. Con el tiempo el monitoreo telemático se fue extendiendo tanto al continente europeo como a América Latina; respecto al primero es posible mencionar los casos de Inglaterra, Francia, Portugal, España, Alemania y Suecia; mientras que respecto a los segundos, se encuentra Colombia, Panamá y Uruguay. Ahora bien, la principal característica de la utilización del Monitoreo Telemático en los sistemas comparados, es que no existe unanimidad respecto a la naturaleza jurídica

que se le atribuye, esto dado que en algunos Estados se le reconoce como pena principal, mientras que en otros simplemente constituye una medida de control de penas alternativas o sustitutivas, o de medidas cautelares, e incluso en algunos casos como medida posterior al cumplimiento de la pena de prisión.¹¹³

b. Aplicación en Chile y problemas de implementación.

El legislador, en atención al desconocimiento que pudiera existir respecto a lo que implica el monitoreo telemático y a las dificultades que pudiera generar sus extensión, estableció lo que debe entenderse como tal, comprendiendo a todo medio tecnológico que permita supervisar el cumplimiento de ciertas penas sustitutivas, pero únicamente en lo que dice relación con la obligación del condenado de permanecer en un determinado lugar durante cierta cantidad de horas, o de no aproximarse a una persona o lugar determinado. En otras palabras, de controlar el respeto de las áreas de inclusión y/o exclusión mediante un dispositivo tecnológico que permita localizar al condenado a distancia, esto según los términos del artículo 23

¹¹³ MORALES PEILLARED, ANA. 2013. Vigilancia en la modernidad tardía: El monitoreo telemático de infractores. *Política criminal* (16). Pp. 410-428.

bis de la Ley N° 18.216 y los artículos 1 y 3 del Reglamento de Monitoreo Telemático.

Como se acaba de mencionar, el monitoreo telemático no es una medida de control de aplicación general, sino que está reducido al ámbito de las penas sustitutivas, y aun más, sólo a la reclusión parcial en su variante de domiciliaria, a la libertad vigilada intensiva por los delitos comprendidos en el artículo 15 bis b) (delitos cometidos en el contexto de violencia intrafamiliar o que atenten contra la indemnidad sexual) y a ésta última cuando reciba aplicación en el contexto de la pena mixta.

La aplicación del sistema de monitorización, en cualquiera de los casos mencionados, tiene como aspecto común la circunstancia de requerir que sea aplicado en virtud de una resolución judicial, en donde el juez tiene como antecedente el informe de factibilidad técnica emitido por Gendarmería de Chile a solicitud del defensor, el fiscal o el juez en subsidio durante la etapa de investigación.¹¹⁴ Entendiéndose de acuerdo al artículo 3°

¹¹⁴ DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS DEFENSORÍA NACIONAL. Op. Cit. p. 30. Al respecto se señala que: “Las alternativas para solicitar el informe de factibilidad técnica son:

del Reglamento de monitoreo telemático, por informe de factibilidad técnica a aquel documento en el cual se informa al tribunal si se cuenta con las condiciones técnicas adecuadas para monitorear al condenado.

La implementación de este nuevo sistema de control de cumplimiento en materia de penas sustitutivas no se ha visto exenta de críticas, donde la

Mecanismo I. Para solicitar un informe de factibilidad técnica, el fiscal y/o defensor durante la etapa de investigación, en la eventualidad que no efectúen la solicitud a través del tribunal (interconexión) deberán acceder al portal web de Gendarmería de Chile, a saber: <http://www.gendarmeria.gob.cl/solicitudift/>, el cual cuenta con un link o vínculo denominado “Solicitud de informe de factibilidad técnica”, que contiene los formularios para su llenado, según corresponda. El informe se remitirá al solicitante al correo electrónico que haya señalado en el formulario respectivo.

Mecanismo II. En conformidad al “Convenio de colaboración entre la Corporación Administrativa del Poder Judicial, Ministerio de Justicia y Gendarmería de Chile, en comunicación electrónica validada”, los tribunales, durante la etapa de investigación realizarán solicitud de informe de factibilidad técnica a Gendarmería de Chile, a través de 1) Interconexión a través de web service entre los sistemas informáticos con que cuenta el Poder Judicial y Gendarmería de Chile y 2) Correos electrónicos para aquellas comunicaciones que no estén expresamente contempladas en el sistema de interconexión (tijemonitoreo.telematico@gendarmeria.cl).

Mecanismo III. En forma excepcional y en la eventualidad que no pudiesen efectuar la solicitud a través de la Interconexión, como tampoco pudiesen acceder al Portal Web de Gendarmería de Chile, se podrá solicitar el Informe de Factibilidad Técnica a través del email: monitoreo.telematico@gendarmeria.cl.”

primera de ellas gira en torno justamente al mencionado papel que cumple el informe de factibilidad técnica, es decir, el cuestionamiento está referido a la sujeción de la decisión judicial de imponer o no el monitoreo telemático a un informe de una institución de la Administración. Sin embargo, el argumento anterior deja de ser válido cuando se considera la naturaleza jurídica y el papel del monitoreo electrónico. Esto dado que al no constituir una pena sustitutiva, sino que al cumplir un papel de medida de control de otras penas sustitutivas, pudiendo existir otras medidas de control (v. gr. control policial), no es determinante para la concesión de la sustitución de la pena privativa o restrictiva de libertad, lo que se desprende de los artículos 7 y 23 bis inciso 5° de la Ley N° 18.216. Empero, dicho contraargumento sólo es entendible cuando la imposición del monitoreo telemático es facultativo para el juez, como es el caso de la reclusión parcial y la libertad vigilada intensiva, mas no en el caso de la pena mixta, donde la imposición de esta medida de control es obligatoria para la sustitución de la pena privativa de libertad, asunto que abordaremos a continuación.

Una segunda crítica dice relación con la factibilidad de implementar este sistema a gran escala y el costo-eficiencia del mismo, aspecto del cual se

hizo cargo el legislador pensando particularmente en el caso de la libertad vigilada intensiva (artículo 8 transitorio de la Ley N° 20.603), que según consta en la historia de la Ley N° 20.603 requería la implementación del rastreo satelital o sistema de posicionamiento global (GPS),¹¹⁵ que implica una mayor dificultad de ejecución al estar orientado al control de una pena que se cumple en espacios amplios.¹¹⁶

¹¹⁵ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 20.603. Op. Cit. p. 262.

¹¹⁶ Artículo 8°.- Las normas de esta ley entrarán en vigencia a contar de la publicación en el Diario Oficial de las adecuaciones que, en virtud de ésta, deban ser incorporadas en el decreto supremo N° 1.120, de 1984, del Ministerio de Justicia, reglamento de la ley N° 18.216. No obstante, las siguientes penas entrarán en vigencia, gradualmente, en la forma que se indica:

a) La pena de libertad vigilada intensiva, contemplada en el artículo 15 bis de la ley N° 18.216, regirá desde el momento señalado en el encabezamiento de este precepto. Sin embargo, sólo procederá su control mediante monitoreo telemático, en la forma prevista en el artículo 23 bis, inciso tercero, de la misma ley, respecto de aquellos sujetos a quienes se les hubiere sustituido la pena privativa de libertad impuesta, cuya duración sea superior a cuatro años y no exceda de cinco. Lo anterior no obstará a que la pena de libertad vigilada intensiva se imponga igualmente a los demás condenados, en los casos señalados en la letra b) del mencionado artículo 15 bis.

b) El control mediante monitoreo telemático de la pena de libertad vigilada intensiva contemplado en el artículo 23 bis, inciso tercero, de la ley N° 18.216, comenzará a regir,

Ahora bien, las declaraciones de buenas intenciones no siempre se reflejan en la práctica, de tal modo que ya a más de un año de la entrada en vigencia de las adecuaciones del Reglamento de la Ley N° 18.216 y en donde debería estar operativo el sistema de control vía telemático casi en plenitud, con excepción de la pena mixta cuya entrada en vigencia está establecido para dos años contado desde la adecuación mencionada, de acuerdo al mismo artículo 8°, la situación es totalmente distinta. Es así como, según lo señalado por el Gobierno, la implementación sólo está pensado en el corto plazo para el control de la reclusión parcial, pudiendo ser decretado a partir del 25 de agosto de 2014, y únicamente para alrededor de 5.000 personas, principalmente en virtud de razones técnicas, que impiden el control por rastreo satelital.¹¹⁷

respecto de la totalidad de los casos del artículo 15 bis, letra b), de la misma ley, transcurrido un año desde la publicación de las adecuaciones a las que alude el encabezamiento de este precepto.”

¹¹⁷ SOTO, KAREN. 2014. Jueces podrán decretar desde hoy el uso de tobillera electrónica como medida alternativa. [en línea] La Tercera en Internet. 25 de agosto, 2014. <<http://www.latercera.com/noticia/nacional/2014/08/680-592881-9-jueces-podran-decretar-desde-hoy-el-uso-de-tobillera-electronica-como-medida.shtml>>

[consulta: 15 enero 2015]. Ver también: SOTO, KAREN. 2014. Tobilleras con GPS para reos se implementará en agosto sólo en casos de reclusión parcial. [en línea] La

La imposibilidad de implementar el monitoreo telemático en la libertad vigilada no ocasiona consecuencias graves respecto al condenado, toda vez que según lo señalado, sólo es una medida, dentro de otras posibles, destinadas a controlar el cumplimiento de la misma, pero que no obsta de modo alguno a la posibilidad de concederla. Situación radicalmente distinta a lo que sucedería en la pena mixta, donde el monitoreo telemático es el único medio, y por ende condición necesaria para su aplicación, pero en donde afortunadamente la Jurisprudencia ha adoptado una postura acorde con los principios que inspiran el régimen de penas sustitutivas. En tal sentido, la Corte de Apelaciones de Valdivia, en el marco de un recurso de apelación señaló: “**SEPTIMO:** Que, el espíritu de la Ley N° 20.603, en lo referido a la libertad vigilada y vigilada intensiva, se encuentra establecido en su artículo 18, y este no es otro, según se ha señalado anteriormente, que procurar la rehabilitación y la reinserción social del condenado y así emana

Tercera en Internet. 07 de agosto, 2014.
<<http://www.latercera.com/noticia/nacional/2014/08/680-590274-9-tobilleras-con-gps-para-reos-se-implementara-en-agosto-solo-en-casos-de.shtml>> [consulta: 15 enero 2015].

de la historia fidedigna de la ley. La circunstancia de no estar implementado el monitoreo telemático, hace entonces ilusorio este propósito y contradice el sentido y alcance del artículo 18 del Código Penal, en orden a aplicar la ley posterior menos rigurosa, el cual a su vez, tiene su referente en la garantía constitucional establecida en el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República. **OCTAVO:** Que, concordando con el voto de minoría de la resolución recurrida, en orden a que el sistema de monitoreo telemático es solo una forma de facilitar la inspección del cumplimiento de la condena, lo esencial de la norma del artículo 33 de la Ley N° 20.603, para acceder al régimen de libertad vigilada, se encuentra en el cumplimiento de los requisitos referidos a la situación personal del condenado, los que en la especie se reúnen, a los cuales debe agregarse la circunstancia que para acceder al beneficio del artículo 33 de esta ley, se cuentan otros requisitos a satisfacer, referidos a la efectiva rehabilitación y reinserción social, como aquellos destinados a dar seguridad a la víctima del delito, los que no dicen relación directa con el monitoreo telemático, con lo

cual el sentido, alcance y finalidad del régimen de libertad vigilada intensiva, puede cumplirse plenamente.”¹¹⁸

Un último aspecto a considerar, es uno de los grandes debates que se ha generado respecto a la utilización del sistema de control vía medios telemáticos, originado principalmente en los sistemas comparados y que lentamente se ha hecho parte en nuestro sistema. Este, es relativo a la relación existente entre el monitoreo telemático y el respeto por los derechos fundamentales del condenado sujeto a esta medida de control. De tal forma que la tendencia ha sido afirmar que la utilización de este mecanismo puede producir la vulneración de derechos, tales como, el derecho a la intimidad, a la inviolabilidad del hogar, al secreto de las comunicaciones, a la libre circulación, a la libertad personal, entre otros. Sin perjuicio de esto, la respuesta a tal crítica se ha basado en que el condenado a una pena sustitutiva no goza de los mismos derechos que los demás ciudadanos, es decir, sus derechos se encuentran disminuidos producto de la sentencia condenatoria.

¹¹⁸ Ministerio Público c/ Oliva Benavides, Jerson. 2012. C. A. de Valdivia. 21.01.2013. Rol n° 645-2012.

El problema a mi juicio radica en dos puntos, el primero de ellos es identificado por algunos autores, y es relativo a lo paradójico que resulta que se permita cumplir una pena en el medio libre pero a la vez se pretenda controlar el desarrollo de su vida durante las veinte y cuatro horas del día, así “desde un punto de vista del *lógico*, resulta complejo entender la adición del monitoreo telemático a las medidas sustitutivas a la privación de libertad. Si el Estado, por medio de estos mecanismos, concede un espacio de libertad a los sujetos que han cometido delitos, resulta paradójico que intente insertar un mecanismo que limite dicha libertad [...] Desde este punto de vista, resulta contraintuitiva una medida que introduce un mayor ámbito de control de los sujetos, si a estos previamente se les ha concedido este espacio de libertad. Esto muestra que los fines buscados mediante la ley no son, sin más, evitar el encarcelamiento de los sujetos (y, por tanto, otorgarles espacios de libertad), sino más bien *introducir mecanismos de vigilancia en espacios fuera del alcance de la cárcel.*”¹¹⁹

En segundo lugar, la utilización del dispositivo electrónico pretende otorgar mayor credibilidad en la imposición de las penas sustitutivas,

¹¹⁹ PEÑA CAROCA, IGNACIO. Op. Cit. p. 178.

fortaleciendo con ello este nuevo sistema de penas. Sin embargo, el efecto que pudiera conllevar no deja de ser peligroso, particularmente en la potencialidad de estigmatización y vergüenza asociado a la utilización de un dispositivo que puede ser visible para los demás miembros de la sociedad, lo que en definitiva, puede generar efectos colaterales en sus relaciones sociales y laborales.¹²⁰

Será en suma, el tiempo y la utilización en todas las hipótesis legales de procedencia, lo que según se ha dicho todavía no ocurre, lo que demostrará o derribará el justo temor a que se plasmen las mismas falencias que en los sistemas comparados han estado en el centro del debate

3. JURISDICCIONALIDAD DE LA EJECUCIÓN DE PENAS.

La ejecución de las penas, según lo señalado en diversas ocasiones a lo largo de este trabajo, es la etapa procesal que menor importancia se le ha atribuido a lo largo del tiempo, traduciéndose en que una vez concluida la fase declarativa del proceso penal, la judicatura se olvida de la situación del

¹²⁰ MORALES PEILLARED, ANA. Op. Cit. pp. 453-461.

condenado, dejando con ello, la situación de éste a la completa disposición de la administración penitenciara.

En este orden de ideas, parece oportuno para finalizar el último capítulo de esta memoria, hacer mención a uno de los grandes debates en el ámbito del derecho ejecutivo penal, como es la imperiosa necesidad del establecimiento de un Tribunal especializado en materia de ejecución penal, que se haga cargo del control de las diversas fases de la ejecución, pero a la vez de la protección de los derechos fundamentales de los condenados, reconociendo que la limitación de los mismos no puede exceder de los términos de la sentencia condenatoria. Si bien esta materia no se limita a la ejecución de las penas sustitutivas, extendiéndose a la generalidad de la ejecución penal, es un asunto que con la modificación de la Ley N° 18.216, nuevamente tuvo la oportunidad de estar en el centro del debate, permitiendo con ello al Estado de Chile hacerse cargo de una de las deudas no satisfecha en plenitud, como lo exige el principio de legalidad en materia penal propio de un Estado democrático de derecho.

A continuación se describirán los aspectos más relevantes de esta discusión jurídica, sin ánimo de abarcar cada uno de los detalles que

pudieran componerla, entendiendo que ello haría necesario una obra completa dedica al estudio de la misma.

3.1. El juez de garantía como Tribunal de control de ejecución de penas.

El control judicial de la fase ejecutiva penal es una tendencia general en el derecho actual, a lo menos de forma programática, diferenciándose al respecto, en el órgano jurisdiccional encargado de tales funciones y en la mayor o menor amplitud de sus facultades. Es este último punto el cual ha generado diferentes opiniones, pero no ha obstado a que la opinión mayoritaria abogue por la jurisdiccionalización de la ejecución penal.

En este contexto, la situación de nuestro país no se aparta de la tendencia del derecho comparado, de tal forma que en la discusión de la Reforma Procesal Penal, se planteó la posibilidad de establecer Tribunales de Ejecución, o a lo menos entregar tal competencia a los Tribunales que hubieran dictado la sentencia bajo la condición de que se crearan los tribunales especializados. No obstante, los intentos no fueron fructíferos, desplazándose hacia el futuro cualquier posibilidad de discutir la

eventualidad de institucionalizar la figura del juez de ejecución, deduciendo por parte de la doctrina nacional, razones meramente presupuestarias.

Ahora bien, tal como señalan los profesores Jorge Mera y Jaime Couso,¹²¹ la Reforma Procesal Penal de todas formas representó un progreso importante en esta materia, avanzando en la dirección correcta, toda vez que le encomendó al Juez de Garantía el control de la ejecución de las penas, incluyendo dentro de estas facultades el conocimiento de los incidentes que pueda promover el condenado en el ejercicio de los derechos que le reconozca la Constitución Política de la República y las leyes, tal como se desprende de los artículos 14 letra g) y 113 del Código Orgánico de Tribunales, y los artículos 102 y 466 de Código Procesal Penal. De este modo, la ejecución penal en Chile está dentro de la competencia del Juez de Garantía que haya intervenido en el respectivo procedimiento, con excepción de la situación del artículo 36 de la Ley N° 18.216, que dispone que en materia de penas sustitutivas, excepcionalmente el juez competente puede ser el Juez de Garantía del lugar en que deba cumplirse la pena, si

¹²¹ MERA FIGUEROA, JORGE y COUSO SALAS, JAIME. 2003. Op. Cit. pp. 125-126.

existe una distancia considerable entre el lugar de esta última y el de dictación de la condena.

Es de esta forma que en materia de penas sustitutivas, la Ley N° 18.216 contiene diversas normas que se preocupan de regular el papel que desempeña el Juez de Garantía en la ejecución de este tipo de penas, a mencionar se encuentran los artículos 13 bis, 16, 23, y 25 al 33, entre otras. Sin perjuicio de estas diversas disposiciones, una rápida lectura de las mismas, nos permite concluir que el legislador se preocupó principalmente de regular el control del cumplimiento de las penas, pero olvidó completamente otros aspectos relevantes de la ejecución, como es el cumplimiento de los fines de la pena y la protección de los derechos de los condenados, tendencia que ya había nacido con el Código Procesal Penal, el cual “[...] no regula con claridad la competencia del juez de garantía como tribunal de ejecución. Salvo la referencia correcta a los derechos del condenado durante la ejecución de la pena o medida de seguridad, no determina nada en concreto respecto de las facultades del ministerio público para promover los incidentes que lleven a una adecuada ejecución del fallo.

Tampoco establece el procedimiento para que el juez de garantía resuelva los incidentes que, con motivo de la ejecución, planteen las partes.”¹²²

En este estado de cosas, la atribución de competencia de ejecución al Juez de Garantía, no ha estado exento de críticas. Una de ellas proviene de lo señalado anteriormente, la falta de una regulación detallada de los procedimientos a los cuales debe someterse el juez en los incidentes promovidos por los intervinientes en la fase de ejecución obstaculiza fuertemente la eficacia de las funciones del Juez de Garantía. Esto toda vez, que la Ley N° 18.216 sólo se preocupa de los asuntos relativos al cumplimiento de la pena sustitutiva, con el establecimiento de audiencias, tales como, audiencias de seguimiento, audiencias de revisión, audiencias de revocación, reemplazo o intensificación. Pero más allá de esto, el legislador omitió regular las atribuciones y la forma de ejecutarlas, menos aún en el caso de cumplimiento de penas distintas a las sustitutivas, lo que en definitiva ha conllevado la utilización de otros medios legales, tales como la acción de protección, acción de amparo constitucional, el amparo

¹²² *Ibíd.* p. 126.

ante el Juez de Garantía y la cautela de garantías del artículo 10 del Código Procesal Penal.¹²³

La falta de eficacia en el ejercicio de las funciones de ejecución del juez de garantía se ven acrecentadas ante la complejidad propia de los asuntos suscitados en la ejecución de las penas. En efecto, no es menester recordar la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra el condenado frente al poder punitivo del Estado, y la necesidad de que se cumplan tanto los objetivos propios de la imposición de una pena como el respeto de los derechos de los condenados, lo que hace indispensable la especialización de los jueces en múltiples disciplinas, tanto normativas como criminológicas; donde no bastan normas programáticas como la del artículo 39 de la Ley N° 18.216, que prescribe la designación preferente de jueces especializados en materia de penas sustitutivas en aquellos tribunales integrados por más de tres jueces. La razón fundamental para decir que esta disposición no es suficiente, se encuentra en la carga de trabajo que pesa sobre los jueces de garantía. Así, estos jueces siendo el principal interviniente en la fase de

¹²³ KENDALL CRAIG, STEPHEN. Op. Cit. pp. 100-175. Al respecto el autor efectúa una crítica a la utilización de estos medios establecidos por el legislador pensando en otras hipótesis de vulneración de derechos.

investigación y preparación del juicio oral, y en el conocimiento de determinados procedimientos declarativos penales, asume una heterogeneidad de materias sobre las cuales debe entrar a conocer, lo que inevitablemente produce una disminución en su capacidad para ejercer además sus funciones sobre la gama de asuntos propios de la ejecución de las sentencia condenatoria penal; lo que sumado y a mayor abundamiento, ha hecho surgir críticas relativas a la imparcialidad del juez de garantía, toda vez que el principal interviniente de etapas anteriores del proceso, e incluso el que ha dictado la sentencia en la mayoría de los casos, es ahora el competente para controlar la ejecución penal. Lo cual permite tener, a lo menos, dudas razonables de la percepción que tiene del condenado, no como un sujeto que puede ser víctima de violación de sus derechos fundamentales, sino como alguien que ha causado mal a otros.¹²⁴

¹²⁴ MERA FIGUEROA, JORGE y COUSO SALAS, JAIME. Op. Cit. pp. 119-120. Ver también: KENDALL CRAIG, STEPHEN. Op. Cit. pp. 96-97; 169-170. VALENZUELA SALDÍAS, JONATAN. 2005. Estado actual de la reforma al sistema penitenciario en Chile. [en línea] Revista de Estudios de la Justicia, [S.l.], n. 6, ene. 2005. ISSN 0718-4735. Disponible en: <<http://www.rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/15073/15491>>. [consulta: 04 octubre 2014]. p. 206. SEPÚLVEDA CRERAR, EDUARDO. 2004. Op. Cit. pp. 112-114.

En suma, cabe reconocer que el Juez de Garantía, de acuerdo a nuestra legislación vigente, es un juez de ejecución penal en Chile, a lo menos formalmente. Lo que sin embargo, no se ha traducido en el ejercicio eficaz de tales funciones, y aun más, “[...] la falta de una cultura jurídica en nuestro medio en relación con todo lo concerniente al control judicial de la ejecución de las penas y medidas alternativas, pueden contribuir a dificultar que la figura del juez de garantía se consolide como un verdadero juez de ejecución.”¹²⁵

3.2. Necesidad de un juez de ejecución de penas especializado.

La conceptualización de un Juez especializado en materia de cumplimiento de las penas no es un asunto meramente semántico, en tal sentido, la amplitud de sus facultades y el rol que se le atribuya en la ejecución determinará una diferencia fundamental en la denominación de este Tribunal.

De este modo, en sistemas comparados la tendencia ha variado entre establecer ámbitos de competencia limitado al control únicamente de penas

¹²⁵ MERA FIGUEROA, JORGE y COUSO SALAS, JAIME. Op. Cit. p. 120.

privativas de libertad a otros que lo extienden tanto a las penas sustitutivas como a las medidas de seguridad. Del mismo modo, en determinados Estados se les establece como finalidad la protección de los derechos de los condenados, pero en otras latitudes se les ha atribuido además funciones de fiscalización del cumplimiento de la pena. Estas variaciones, en definitiva, determinan la denominación de la institución, de tal modo, siguiendo en esto al profesor Sepúlveda, si la función es meramente controladora del cumplimiento de la pena y de la protección de los derechos fundamentales estamos frente a un juez de ejecución de vigilancia penitenciaria, empero, si su competencia se extiende a toda incidencia que pudiera generarse en la ejecución de las penas la denominación adecuada es la de juez de ejecución de penas, “[...] órgano de carácter judicial, unipersonal y especializado, con funciones de vigilancia, con facultades decisorias y también consultivas, que tendrá que hacer cumplir la pena impuesta, todo ello en conformidad al principio de legalidad, fiscalizando a las instituciones que desarrollan las actividades de cumplimiento, impidiendo y corrigiendo los abusos y arbitrariedades que puedan producirse en el curso de este cumplimiento,

teniendo un particular celo en la situación de inspección, registro y control del sistema penitenciario y de las personas que intervienen en este [...]”¹²⁶

La institucionalización de un juez de ejecución penal especializado no es un asunto insignificante, por el contrario, la trascendencia del establecimiento del mismo se traduce en la materialización de la faz ejecutiva del principio de legalidad, pilar fundamental del derecho penal. Así, en palabras del profesor Künsemüller “En esta declaración se contiene un compromiso muy trascendental, asegurador de la garantía superior de igualdad ante el orden jurídico, lo que no debe ser una mera retórica, sino una realidad tangible y acreditable. Por ello, resulta indispensable contar con los instrumentos jurídicos necesarios para que el compromiso transite desde la esfera declarativa o programática, a la esfera de la realidad material, de la transformación de los principios en acciones concretas, que den efectivo cumplimiento al fin propuesto.”¹²⁷

¹²⁶ SEPÚLVEDA CRERAR, EDUARDO. 2004. Op. Cit. pp. 106-107.

¹²⁷ KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER, CARLOS. 2005. La judicialización de ejecución de la pena. [en línea] Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2005, semestre I, XXVI. Disponible en: <<http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/viewFile/568/536>> [consulta: 25 octubre 2014]. pp. 117-118.

En tal sentido, en la satisfacción del principio de legalidad, tal como lo exige un Estado de derecho, no basta simplemente atribuir competencia a un órgano jurisdiccional respecto a todas las vicisitudes de la ejecución de la pena y a resguardar la protección de los derechos de los condenados, sino se traduce esto en un eficaz control de la ejecución penal. En consecuencia, el establecimiento de un juez especializado busca justamente hacerse cargo de la complejidad que presenta la ejecución de la sentencia penal, que a grandes rasgos, no se limita simplemente en controlar el cumplimiento de la pena impuesta, sino reconocer el carácter dinámico de ésta y los constantes cambios que se experimentan durante los periodos de ejecución de cada una de las penas; y que en definitiva, frente a las múltiples finalidades que se busca obtener, tanto procesales, criminológicas como penitenciarias, pueden terminar distorsionando la correcta ejecución. Para lo cual, en definitiva, será necesario el control constante y competente de un órgano jurisdiccional, imparcial y autónomo en sus decisiones, que vele por la correcta aplicación del derecho y la debida protección de los derechos fundamentales de los condenados.

A su vez, y para finalizar la descripción de los argumentos a favor de una instancia jurisdiccional especializada, cabe reconocer el desequilibrio en la relación existente entre el órgano controlador de la ejecución material y el condenado. Esta situación a primera vista resulta más agravada en el caso del condenado a una pena privativa de libertad, pero que no por ello deja de ser también delicado en el caso de los sometidos a una pena sustitutiva (sobre todo con la inclusión del monitoreo telemático en la libertad vigilada intensiva).

Por ende, es de primera necesidad en el derecho ejecutivo penal, la existencia de un control judicial real y experto en ejecución penal, que permita un sistema que satisfaga realmente las características peculiares de lo que implica la ejecución de la sentencia condenatoria penal, en donde “[...] sin perjuicio que deberán existir ámbitos en que la labor de ejecución material queda entregada a la administración, habrá siempre una autoridad jurisdiccional, que articulando adecuadamente las respectivas competencias y orientado por las finalidades penales y procesales, controlará y resolverá sobre las principales cuestiones relativas a la ejecución de la pena.”¹²⁸

¹²⁸ SEPÚLVEDA CRERAR, EDUARDO. 2004. Op. Cit. p. 117.

3.3. Experiencia en el derecho comparado.

Según lo expuesto, más allá de las divergencias existentes respecto a la amplitud de las facultades atribuibles a este Juez con competencia especial en ejecución y el ámbito de sus atribuciones, existe consenso, y es la tendencia generalizada en los sistemas comparados, el institucionalizar una judicatura especializada.

De esta forma, no es difícil encontrar casos de jueces especiales en materia de ejecución penal, siendo al respecto un precursor en esta materia un país sudamericano, como es el caso de Brasil, que ya desde 1924 opera un sistema de justicia de ejecución de penas. Dentro de los sistemas que presentan un mayor desarrollo y que han servido de modelo para las demás legislaciones, se encuentra el sistema alemán, con sus Tribunales de Ejecución Penal, que datan desde 1977; y el sistema español, que mediante su Ley Orgánica General Penitenciaria de 1979, estableció la figura del Juez de Vigilancia Penitenciaria. Cabe solo a modo referencial señalar que la figura del juez de ejecución penal se ha extendido a gran parte de la Europa continental, por ejemplo, Italia, Francia, Portugal, Polonia, entre otros

países; pero también a nuestro continente, por ejemplo, Argentina, Bolivia, Colombia y Venezuela.¹²⁹

En este orden de ideas, es del todo necesario y exigible, a los menos una discusión legislativa frente a la posibilidad de crear una instancia jurisdiccional de ejecución penal especializada, toda vez que doctrinariamente se está conteste en reconocer la aplicación del principio de jurisdiccionalización en la fase de ejecución de la sentencia condenatoria penal. Aun más, esto fue reconocido en la tramitación de la reforma procesal penal, al otorgar en definitiva al juez de garantía tales competencias. Es del caso por ende, retomar el debate sobre el establecimiento de esta nueva institucionalidad, asunto que en el derecho comparado ya se encuentra zanjado. Es de esperar por ende, que lo señalado en la tramitación de la Ley N° 20.603 referente a significar esta modificación sólo un paso más en la reforma integral al sistema de justicia penal, no se transforme en una mera declaración de buenas intenciones.

¹²⁹ Ver al respecto: KENDALL CRAIG, STEPHEN. Op. Cit. pp. 177-184. KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER, CARLOS. Op. Cit. p. 118. MERA FIGUEROA, JORGE y COUSO SALAS, JAIME. Op. Cit. pp. 120-121.

CONCLUSIÓN

A lo largo de este trabajo se ha pretendido identificar los distintos aspectos procesales, que de acuerdo a diversos sectores de la doctrina nacional y de la Jurisprudencia de los Tribunales Superiores, no han sido objeto de una regulación adecuada y exhaustiva por parte de la Ley N° 18.216, y a partir de ello, entender las necesidades políticas, sociales y jurídicas que justifican la reforma del régimen de penas sustitutivas de penas privativas o restrictivas de libertad; y en definitiva, determinar si las problemáticas procesales descritas fueron o no abordadas y satisfechas conforme a las expectativas existentes por la Ley N° 20.603 modificatoria de la citada Ley N° 18.216.

Para el logro del objetivo mencionado, fue indispensable en primer lugar identificar la naturaleza jurídica de nuestro ámbito de estudio, describiéndose al respecto los principales argumentos que se han elaborado para adscribir al derecho ejecutivo penal en un área del derecho, sea éste el derecho penal material, el derecho procesal penal o bien el derecho administrativo. En virtud de lo expuesto, ha quedado establecido como presupuesto fundamental que la ejecución penal, conjuntamente con el

derecho penal material y el derecho penal adjetivo, conforman los pilares del sistema de administración penal; y en tal sentido, si bien es deseable la independencia del derecho de ejecución penal, ha quedado en evidencia que la carencia de una Ley General de ejecución penal y de un tribunal especializado, impiden establecer con determinación un objeto de estudio y regulación autónomo. De tal forma que, en virtud de la situación actual de nuestro sistema jurídico de ejecución penal y las exigencias propias de un Estado democrático de derecho, es menester afirmar la pertenencia de la ejecución penal al derecho procesal penal, entendiéndola como la última etapa del ejercicio de la jurisdicción en materia penal. Permitiendo con ello, la aplicación de los principios formativos y garantías procesales propias de esta área, reconociendo con esto la trascendencia de esta etapa y el carácter de sujeto de derecho del condenado.

Es en virtud de esta idea matriz, que se han identificado diversas problemáticas en la regulación de las penas sustitutivas, y en donde en menor o mayor medida, el legislador pretendió hacerse cargo mediante la dictación de la Ley N° 20.603, modificatoria de la Ley N° 18.216.

Es así como quedó de manifiesto, que si bien la Ley N° 20.603 tuvo por objeto satisfacer múltiples necesidades, tanto sociales, políticas, culturales y jurídicas; no pudiendo desconocer el aporte que implica la diversificación del nuevo catálogo de penas sustitutivas, no es menos cierto, la falta de preocupación que ha tenido en relación a los criterios de procedencia de las mismas, manteniendo una regulación prácticamente idéntica a la existente con anterioridad a la entrada en vigencia de la nueva Ley. Este asunto no es menor, si son estos criterios los que permiten en definitiva a los jueces decidir en el caso en concreto la procedencia de la sustitución de una pena privativa de libertad, y aun más, elegir a una entre las penas que componen el catálogo de penas sustitutivas, donde no debe bastar la simple concurrencia de las exigencias formales, dado que será indispensable la concurrencia de antecedentes que sirvan de reflejo del presupuesto preventivo-especial que justifica la sustitución.

Junto con ello, se evidenció, a través de las páginas de este trabajo, que una de las principales falencias jurídicas del sistema de penas sustitutivas, no fue resuelta de manera definitiva mediante la Ley N° 20.603, toda vez que si bien se estableció como recurso único la apelación en contra de las

resoluciones que conceden, deniegan, revocan, sustituyen, reemplazan, reducen, intensifican y colocan término anticipado a las penas sustitutivas y la referida a la interrupción de la pena privativa de libertad del artículo 33 de la Ley N° 18.216, lo que razonablemente nos deja en una mejor situación que la existente con anterioridad a la modificación legal objeto de este trabajo; empero, no es menos cierto que la situación legal actual apoyada en fallos de los Tribunales Superiores, más allá de los argumentos a favor de uno u otro recurso como medio de impugnación idóneo, permite recurrir tanto de apelación como de nulidad. Lo que en definitiva refleja la falta de coherencia y la flagrante afectación del régimen de recursos del Código Procesal Penal, situación producida con el establecimiento del recurso de apelación.

Por último y dentro de la misma lógica, el cumplimiento efectivo de las penas sustitutivas ha sido uno de los ejes principales de la reforma a la Ley N° 18.216, de tal forma que la Ley N° 20.603 se encargó de regular con mayor detalle el control del cumplimiento de las penas sustitutivas, introduciendo una mayor cantidad de hipótesis de audiencias que pudieran efectuarse con tal objeto, eliminando la figura del cumplimiento

insatisfactorio y estableciendo el control mediante medios telemáticos. Sin embargo, ha quedado establecido, que esta mayor preocupación por la ejecución material de las penas sustitutivas ha apuntado a aspiraciones relativas al fortalecimiento de su carácter punitivo y a la recuperación de la credibilidad del régimen de penas sustitutivas; olvidando el establecimiento de una regulación acorde con las exigencias propias de un Estado democrático de derecho. Es decir, que tenga como presupuesto fundamental la satisfacción de las finalidades inherentes de la imposición de una pena sustitutiva y el respeto de las garantías mínimas fundamentales de los condenados. Situación que en definitiva, pareciera justificarse en la constante falta de preocupación que se le ha prestado a la fase ejecutiva del proceso penal, y que ha significado la vulneración flagrante de principios fundamentales, como son el principio de legalidad y el principio de jurisdiccionalidad.

En suma, si bien no se le resta importancia a la Ley N° 20.603 dentro del proceso de modernización del sistema de administración penal, y particularmente dentro del fortalecimiento de las penas sustitutivas, no se puede obviar, que las falencias procesales de la Ley N° 18.216 descritas en

este trabajo, no fueron abordadas de manera exhaustiva por la citada Ley N° 20.603; olvidando mejorar la procedencia de las penas sustitutivas, lo que permitiría al Juez imponer la pena más idónea al condenado, que posibilite en definitiva el cumplimiento de las finalidades tenidas a la vista al momento de su determinación; y el establecimiento de un recurso eficaz, idóneo y aun más, coherente con los principios propios del sistema recursivo del Proceso Penal reformado.

En definitiva, es deseable que el debate en materia de ejecución penal se mantenga y aun más, se amplíe, lo que nos permitirá llegar en el corto plazo a una regulación coherente y exhaustiva. Por qué no, a través de una Ley General de Ejecución Penal o mejor aún, en el propio Código Procesal Penal, en donde se instaure finalmente la figura de un Juez de Ejecución Penal, que vele por el cumplimiento de las distintas finalidades perseguidas durante esta etapa, con facultades suficientes, de las cuales carece actualmente el Juez de Garantía.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS, ARTÍCULOS DE LIBROS Y REVISTAS

- 1.- AGUILAR ARANELA, CRISTIÁN. 2013. Penas sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad de la ley N° 18.216 (ley 20.603). Santiago, Metropolitana. 209p.
- 2.- ALMONACID ZAPATA, PAMELA. 2013. Ley de ejecución de penas: Realidad normativa de Chile y Análisis de Derecho Comparado. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile. 197p.
- 3.- BARRIENTOS PARDO, IGNACIO. 2009. Recurso efectivo contra la sentencia que no concede beneficios de la ley n° 18.216. [en línea] Revista de Estudios de la Justicia, [S.l.], n. 11, ene. 2009. ISSN 0718-4735. Disponible en: <http://www.rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/15203/15619> [consulta: 04 octubre 2014].
- 4.- BLANCO SUAREZ, JAVIERA. 2011. Medidas alternativas a la reclusión. [en línea] Revista del abogado, n° 51, abril 2011. Disponible en http://www.colegioabogados.cl/cgi-bin/procesa.pl?plantilla=/cont_revista_ediciones.html&idcat=32&nseccion=listado%20revista%20abogadoshtml > [consulta: 04 octubre 2014].

- 5.- BURGOS ROMERO, FERNANDO, et al. 2007. Modernización de la gestión penitenciaria de Gendarmería de Chile en la aplicación de medidas alternativas a la reclusión y sistemas intramuros. [en línea] Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciarios, número 10, octubre 2007. ISSN 0717-5744. Disponible en: <http://www.gendarmeria.gob.cl/interior_rein_unicrim.html> [consulta: 04 octubre 2014].
- 6.- BUSTOS RAMÍREZ, JUAN y HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN. 1997. Lecciones de derecho penal. Madrid, Trotta. Tomo I.
- 7.- CAFFERATA NORES, JOSÉ. 2002. Eficacia del sistema penal y garantías procesales (¿contradicción o equilibrio?). Córdoba, Mediterránea. 219p.
- 8.- CAROCCA, ALEX. 2000. Nuevo proceso penal. Santiago, Editorial Jurídica Cono Sur. 588p.
- 9.- CASTRO ANTONIO, JOSÉ LUIS. 2006. El juez de vigilancia penitenciaria y el tratamiento penitenciario. Madrid, Consejo General del Poder Judicial de España. 339p.
- 10.- COLOMBO CAMBELL, JUAN. 1968. La Jurisdicción en el Derecho chileno. Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 8(8). [en línea]

<http://www.cuadernosjudaicos.cl/index.php/ACJYS/article/view/10351/10407>> [consulta: 16 noviembre 2014].

- 11.- CORDERO Q., EDUARDO. 2009. El control jurisdiccional de la actividad penitenciaria. Informe en derecho N°1. Santiago de Chile, Defensoría Penal Pública. Departamento de Estudios. 61p.
- 12.- CHAHUÁN SARRÁS, SABAS. 2009. Manual del Nuevo Procedimiento Penal. 6ª ed. Santiago, Legal Publishing. 386p.
- 13.- DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS DEFENSORÍA NACIONAL. 2014. Penas sustitutivas de la ley N° 18.216. Minuta N°2/2014/Enero. Santiago, Defensoría Penal Pública. 77p.
- 14.- DEPARTAMENTO DE REINSERCIÓN SOCIAL EN EL SISTEMA ABIERTO DE GENDARMERIA DE CHILE. 2013. Normas técnicas de libertad vigilada y libertad vigilada intensiva. Santiago, Ministerio de Justicia, División de Reinserción Social. 113p.
- 15.- DEPARTAMENTO DE TRATAMIENTO EN EL MEDIO LIBRE DE GENDARMERIA DE CHILE. 2010. Documento de trabajo Comisión Reforma Procesal Penal. Estado actual del sistema de medidas alternativas a la reclusión. Santiago, Gendarmería de Chile. 15p.

- 16.- DEPARTAMENTO DE TRATAMIENTO EN EL MEDIO LIBRE DE GENDARMERÍA DE CHILE. 2008. 25 Años de la ley 18.216: Sistema de medidas alternativas a la reclusión en Chile. [en línea] Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciarios, número 12, agosto 2008. ISSN 0717-5744. Disponible en: <http://www.gendarmeria.gob.cl/interior_rein_unicrim.html>. [consulta: 04 octubre 2014].
- 17.- ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, ALFREDO. 1997. Derecho Penal. Parte general. 3ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. Tomo I.
- 18.- ESCOBAR GIL, RODRIGO. 2011. Medidas sustitutivas a la pena de privación de la libertad. Revista de derecho y humanidades (18): 41-50.
- 19.- FERNÁNDEZ CUBERO, RAFAEL. 2005. Introducción al sistema penitenciario español [en línea] <<http://www.aloj.us.es/criminoticias/docuprof/SPENITENCIARIO.pdf>> [consulta: 10 noviembre 2014].
- 20.- FERNÁNDEZ GARCÍA, JULIO, et al. 2001. Manual de derecho penitenciario. Madrid, Colex; Salamanca: Universidad de Salamanca. 436p.
- 21.- GARCÍA VALDÉS, CARLOS. 2000. Diccionario de ciencias penales. Madrid, Edisofer. 500p.

- 22.- GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, FAUSTINO. 2010. La relación jurídico penitenciaria bajo la óptica del derecho administrativo [en línea] <<http://www.uned.es/dpto-derecho-politico/gudin.pdf>> [consulta: 04 octubre 2014].
- 23.- GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, FAUSTINO. 2005. Sistema penitenciario y revolución telemática: ¿el fin de los muros de las prisiones?. [en línea] Conceptos (Fundación Paz Ciudadana), febrero de 2008, número 4. Disponible en: <http://www.pazciudadana.cl/wp-content/uploads/2013/07/2008-02-01_Conceptos-N%C3%82%C2%BA-4-Medidas-alternativas-a-la-reclusi%C3%83%C2%B3n.pdf> [consulta: 09 octubre 2014].
- 24.- GUZMÁN DALVORA, JOSÉ. 2011. Sustitutivos a penas cortas de privación y restricción de libertad. [en línea] Revista del abogado, N° 51, abril 2011. Disponible en <http://www.colegioabogados.cl/cgibin/procesa.pl?plantilla=/cont_revista_ediciones.html&idcat=32&nseccion=listado%20revista%20abogadoshtml> [consulta: 04 octubre 2014].
- 25.- HENDLER, EDMUNDO. 2001. Las garantías penales y procesales: enfoque histórico-comparado. Buenos Aires, Editores del Puerto: Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. 359p.

- 26.- HOECKER, LORETO. 2004. Modernización del Estado y de la sociedad chilena. El caso de la reforma de la justicia penal en Chile: Revista de la Academia (9): 9-35.
- 27.- HOFER DENECKEN, MARÍA EUGENIA. 2003. 20 años de la aplicación de la ley N° 18.216. Boletín Jurídico del Ministerio de Justicia (4-5): 157-185.
- 28.- HOFER DENECKEN, MARÍA EUGENIA. 2012. La nueva versión de la ley 18.216 sobre penas sustitutivas a la reclusión y el propósito de la reinserción social. [en línea] Revista de derecho penitenciario, septiembre – noviembre de 2012, número 2. Disponible en: <<http://www.umayor.cl/facultad-derecho/wp-content/uploads/2013/12/Derecho-Penitenciario-2.pdf>> [consulta: 09 octubre 2014].
- 29.- HOFER DENECKEN, MARÍA EUGENIA. 2008. Medidas alternativas a la reclusión en Chile. [en línea] Conceptos (Fundación Paz Ciudadana), febrero de 2008, número 4. Disponible en: <http://www.pazciudadana.cl/wp-content/uploads/2013/07/2008-02-01_Conceptos-N%C3%82%C2%BA-4-Medidas-alternativas-a-la-reclusi%C3%83%C2%B3n.pdf> [consulta: 09 octubre 2014].
- 30.- HORVITZ, MARÍA INÉS. 1992. Las medidas alternativas a la prisión. Cuadernos de análisis jurídicos (21): 131-153.

- 31.- HORVITZ, MARÍA INES y LÓPEZ MASLE, JULIÁN. 2002. Derecho Procesal Penal Chileno. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. v2.
- 32.- JIMÉNEZ ALLENDES, MARÍA y SANTOS ALVINS, TAMARA. 2010. ¿Qué hacer con las alternativas a la prisión?. [en línea] Revista Nova Criminis, N° 1, Octubre de 2010. Disponible en: <http://1hemerotecaalmagronorte.files.wordpress.com/2012/03/novacriminis-uno_completa.pdf> [consulta: 08 octubre 2014].
- 33.- JUSTE P., MARÍA ANTONIA; MERTZ K., CATALINA y MERY N., RAFAEL. 1998. Medidas alternativas a la reclusión: la experiencia de Chile, España, Estados Unidos e Inglaterra. Santiago, Fundación Paz Ciudadana. 200p.
- 34.- KENDALL CRAIG, STEPHEN. 2010. Tutela judicial efectiva en la relación jurídica penitenciaria. Santiago, Librotecnia. 214p.
- 35.- KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER, CARLOS. 2005. La ejecución de la sentencia penal: ¿es necesaria su judicialización?. Santiago: Facultad de Derecho, Universidad de Chile.
- 36.- KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER, CARLOS. 2005. La judicialización de ejecución de la pena. [en línea] Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2005, semestre I, XXVI. Disponible en:

<http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/viewFile/568/536>
[consulta: 25 octubre 2014].

- 37.- LLANOS SAGISTRÁ, LEOPOLDO. 2003. Síntesis del nuevo Procedimiento Penal. Santiago, Editorial Jurídica de Santiago. 162p.
- 38.- MAÑALICH RAFFO, JUAN PABLO. 2011. El derecho penitenciario entre la ciudadanía y los derechos humanos. Revista de derecho y humanidades (18): 163-178.
- 39.- MARÍN GONZÁLEZ, JUAN. 2008. Algunos aspectos procesales de la ley N° 18.216. [en línea] Revista de Estudios de la Justicia, [S.l.], n. 10, ene. 2008. ISSN 0718-4735. Disponible en: <http://www.rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/15220/15632> [consulta: 04 octubre 2014].
- 40.- MATUS ACUÑA, JEAN PIERRE. 2003. Artículos 74 a 78. En Texto y Comentario del Código Penal chileno, Tomo I. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. v1.
- 41.- MATUS ACUÑA, JEAN PIERRE. 2003. Medidas alternativas a las penas privativas de libertad en una futura reforma penal chilena. Boletín Jurídico del Ministerio de Justicia (4-5): 187-201.
- 42.- MATUS ACUÑA, JEAN PIERRE. 2008. Propositiones respecto de las cuestiones no resueltas por la ley N° 20.084 en materia de acumulación y orden de cumplimiento de las penas. [En línea] Ius et

Praxis N° 2, Año 14, 2008. Disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v14n2/art15.pdf> [consulta: 05 octubre 2014].

- 43.- MATUS ACUÑA, JEAN PIERRE. 2011. Proyecto de ley que modifica la Ley N° 18.216, que reemplaza las medidas alternativas al cumplimiento de penas privativas de libertad por “penas sustitutivas” (Boletín N° 5.838-07). [en línea] Revista de Derecho. Escuela de Postgrado, [S.l.], n. 1, ene. 2011. ISSN 0719-1731. Disponible en: <http://www.revistas.uchile.cl/index.php/RDEP/article/view/22817/24183> [consulta: 01 octubre 2014].
- 44.- MERA FIGUEROA, JORGE y COUSO SALAS, JAIME. 2003. Hacia un sistema de control de la ejecución de penas no privativas de libertad: Boletín Jurídico del Ministerio de Justicia (4-5): 115-130.
- 45.- MINISTERIO DE JUSTICIA, DIVISIÓN DE REINSERCIÓN SOCIAL. 2012. Material para capacitación, nueva Ley N° 18.216. Santiago, Ministerio de Justicia.
- 46.- MINISTERIO DE JUSTICIA DE CHILE. 2013. Nuevo Sistema de Penas Sustitutivas Ley n° 18.216. Análisis de las modificaciones introducidas por la Ley n° 20.603. Santiago, Ministerio de Justicia de Chile. 279p.

- 47.- MORALES PEILLARED, ANA. 2013. Vigilancia en la modernidad tardía: El monitoreo telemático de infractores. *Política criminal* (16): 408-471.
- 48.- NUÑEZ VÁSQUEZ, CRISTÓBAL. 2003. Tratado del proceso penal y del juicio oral. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. v2.
- 49.- OTERO GONZÁLEZ, PILAR. 2008. Control telemático de penados. Análisis jurídico, económico y social. Valencia, ESPAÑA, Tirant lo Blanch. 119p.
- 50.- PEÑA CAROCA, IGNACIO. 2013. Monitoreo telemático: análisis crítico desde la sociología del control y la economía política del castigo. [en línea] *Revista de Estudios de la Justicia*, [S.l.], n. 18, nov. 2013. ISSN 0718-4735. Disponible en: <<http://www.rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/29922/31700>> [consulta: 04 octubre 2014].
- 51.- PINTO QUINTANILLA, JUAN. 2007. La realidad penal boliviana y la ley de ejecución de penas. [en línea] *Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciarios*, número 10, octubre 2007. ISSN 0717-5744. Disponible en: <http://www.gendarmeria.gob.cl/interior_rein_unicrim.html> [consulta: 04 octubre 2014].
- 52.- POLITOFF LIFSCHITZ, SERGIO, MATUS ACUÑA, JEAN PIERRE y RAMÍREZ, MARÍA CECILIA. 2003. Lecciones de

Derecho Penal Chileno. 2 ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. v1.

- 53.- RAMOS PEREZ, CÉSAR. 2014. Comentarios al reglamento de la ley N° 18.216 actualizado por la ley N° 20.603. Revista de Ciencias Penales 41(1): 277-280.
- 54.- RIESCO LARRAIN, MARÍA. 2005. Proposición de reforma para la inclusión del juez de ejecución de pena. En: COOPER M, JAMES, et al. Estado de derecho y reformas a la justicia. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Estudios de la Justicia: Heidelberg Center para América Latina: California Western School of Law: Proyecto Reforma Judicial, GTZ Chile. p 513-555.
- 55.- RODRIGUEZ ALONSO, ANTONIO. 1997. Lecciones de derecho penitenciario: (adaptadas a la normativa legal vigente). Granada, Comares. 363p.
- 56.- RODRIGUEZ MAGARIÑOS, FAUSTINO. La relación jurídica penitenciaria bajo la óptica del derecho administrativo [en línea] <<http://www.uned.es/dpto-derecho-politico/gudin.pdf>> [consulta: 10 noviembre 2014].
- 57.- ROXIN, CLAUS. 1976. Problemas Básicos del Derecho Penal. Madrid, Reus, S.A. 272p.

- 58.- SALINERO ECHEVERRÍA, SEBASTIÁN. 2011. La Expulsión de Extranjeros en el Derecho Penal. Una realidad en España, una posibilidad en Chile. [en línea] Revista de Política Criminal, Vol. 6, N^a 11, Julio 2011. Disponible en: <www.politicacriminal.cl/Vol_06/n_11/Vol6N11A4.pdf> [consulta: 05 octubre 2014].
- 59.- SANTIBAÑEZ TORRES, MARÍA. 2011. Propuesta para descongestionar el sistema carcelario. [en línea] Apuntes legislativos: Observatorio de iniciativas legislativas del Centro de Políticas Públicas UC, n^o 10, mayo 2011. Disponible en: <<http://politicaspUBLICAS.uc.cl/publicaciones/filtro?page=2&tipo=2&v=1#main>> [consulta: 04 octubre 2014].
- 60.- SEMINARIO Problemas actuales del derecho al recurso en el proceso penal: Agosto 2010. 2012. Antofagasta, Universidad Católica del Norte, Defensoría Penal Pública. 98p.
- 61.- SEPÚLVEDA CRERAR, EDUARDO. 2004. La jurisdiccionalización de la ejecución de las penas en Chile. Cuadernos judiciales / Instituto de Estudios Judiciales (8): 103-120.
- 62.- SEPÚLVEDA CRERAR, EDUARDO. 2005. El ordenamiento jurídico penitenciario chileno: sus reformas más urgentes. En: COOPER M, JAMES, et al. Estado de derecho y reformas a la justicia. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro

de Estudios de la Justicia: Heidelberg Center para América Latina: California Western School of Law: Proyecto Reforma Judicial, GTZ Chile. p. 121-130.

- 63.- SOTO, ROSA. 2007. Análisis de la experiencia de aplicación de penas alternativas. [en línea] Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciarios, número 10, octubre 2007. ISSN 0717-5744. Disponible en http://www.gendarmeria.gob.cl/interior_rein_unicrim.html [consulta: 04 octubre 2014].
- 64.- SUBIJANA ZUNZUNEGUI, IGNACIO. 2005. El juez en la ejecución de penas privativas de libertad. [en línea] Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 19 de agosto de 2005, N° 7-11. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-11.pdf> [consulta: 09 octubre 2014].
- 65.- TAVOLARI OLIVARES, RAÚL. 2007. Instituciones del nuevo proceso penal: cuestiones y casos. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 440p.
- 66.- UNIDAD DE DEFENSA PENITENCIARIA. 2011. La doctrina de las relaciones de sujeción especial en la jurisprudencia. Documento de trabajo N° 1/2011. Santiago, Defensoría Penal Pública. 54p.
- 67.- UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES (CHILE). FACULTAD DE DERECHO. 2009. Estudio sobre el diseño normativo e institucional

para la implementación de jueces de penas y medidas de seguridad en Chile. [en línea]
<<http://catalogo.bcn.cl/ipac20/ipac.jsp?session=M32M13C910381.507236&profile=bcn&uri=link=3100007~!586013~!3100001~!3100002&aspect=subtab146&menu=search&ri=1&source=~!horizon&term=Estudio+sobre+el+dise%C3%B1o+normativo+e+institucional+para+la+implementaci%C3%B3n+de+jueces+de+penas+y+medidas+de+seguridad+en+Chile&index=ALTITLP>> [consulta: 25 octubre 2014].

68.- VALENZUELA SALDÍAS, JONATAN. 2005. Estado actual de la reforma al sistema penitenciario en Chile. [en línea] Revista de Estudios de la Justicia, [S.l.], n. 6, ene. 2005. ISSN 0718-4735. Disponible en:
<<http://www.rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/15073/15491>> [consulta: 04 octubre 2014].

69.- VERGARA CISTERNA, LUIS. 2008. Dimensión valórica en la normativa de ejecución penal chilena. [en línea] Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciarios, número 12, agosto 2008. ISSN 0717-5744. Disponible en:
<http://www.gendarmeria.gob.cl/interior_rein_unicrim.html> [consulta: 04 octubre 2014].

70.- WELSCH CHAGUÁN, GHERMAN. 2011. El rol del delegado de libertad vigilada: experiencia en España e Inglaterra. [en línea] Fundación Paz Ciudadana, febrero 2011. Disponible en:

<http://www.pazciudadana.cl/wp-content/uploads/2013/07/2011-03-08_El-rol-del-delegado-de-libertad-vigilada-experiencia-en-Espa%C3%83%C2%B1a-e-Inglaterra.pdf> [consulta: 09 octubre 2014].

FUENTES NORMATIVAS.

- 71.- ASAMBLEA GENERAL DE LA ONU. 1990. Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad (Reglas de Tokio), aprobadas por la Asamblea General de la ONU mediante resolución N° 45/110. 14 de diciembre de 1990.
- 72.- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia Fidedigna de la Ley 20.603, publicada el día 27 de junio de 2012. Documento extraído el 29 de noviembre de 2014. En versión PDF en la página web: <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1040510>>. [consulta: 30 noviembre 2014]
- 73.- CHILE. Ministerio de Interior. 2005. Ley 20.000: Sustituye la Ley N° 19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas.
- 74.- CHILE. Ministerio de Justicia. 1874. Código Penal.
- 75.- CHILE. Ministerio de Justicia. 1902. Código de Procedimiento Civil.
- 76.- CHILE. Ministerio de Justicia. 1943. Código Orgánico de Tribunales.

- 77.- CHILE. Ministerio de Justicia. 1979. Decreto Ley 2859: Fija Ley Orgánica de Gendarmería de Chile.
- 78.- CHILE. Ministerio de Justicia. 1980. Constitución Política de la República.
- 79.- CHILE. Ministerio de Justicia. 1983. Ley 18.216: Establece medidas que indica como alternativas a las penas o restrictivas de libertad.
- 80.- CHILE. Ministerio de Justicia. 1984. DS N° 1.120: Reglamento de la Ley N° 18.216.
- 81.- CHILE. Ministerio de Justicia. 2000. Código Procesal Penal.
- 82.- CHILE. Ministerio de Justicia. 2001. Ley 19.718: Crea la Defensoría Penal Pública.
- 83.- CHILE. Ministerio de Justicia. 2002. Ley 19.806: Normas adecuatorias del sistema legal chileno a la reforma procesal penal.
- 84.- CHILE. Ministerio de Justicia. 2005. Ley 20.084: Establece un Sistema de Responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal.
- 85.- CHILE. Ministerio de Justicia. 2012. Ley 20.603: Modifica la ley N° 18.216, que establece medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad.

86.- CHILE. Ministerio de Justicia. 2013. DS N° 515: Aprueba Reglamento de monitoreo telemático de condenados a penas sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad.

87.- CHILE. Ministerio de Justicia. 2013. DS N° 552: Aprueba Reglamento de la pena de prestación de servicios en beneficio de la comunidad.

FUENTES JURISPRUDENCIALES.

CORTE SUPREMA.

88.- Adelina del Rosario Price Aramayo. 2005. Corte Suprema. 31.05.2005. Rol n° 1782-2005.

89.- Ministerio Público C/ Rodríguez Court, José. 2013. Corte Suprema. 02.12.2013. Rol n° 9745-2013.

CORTES DE APELACIONES.

90.- Jerson Miguel Oliva Benavides. 2013. C. A. de Valdivia. 21.01.2013. Rol n° 645-2012.

91.- Jofré Santander, José C/ Moy Plaza, José. 2008. C. A. de Antofagasta. 11.06.2008. Rol n° 103-2008.

92.- Ministerio Público C/ Campaña Munizaga, Juan C. otro. 2011. C. A. de La Serena. 24.08.2011. Rol n° 203-2011.

93.- Ministerio Público c/ Oliva Benavides, Jerson. 2012. C. A. de Valdivia. 21.01.2013. Rol n° 645-2012.

94.- Ministerio Público C/ Trujillo Moraga, Ítalo. 2006. C. A. de San Miguel. 05.05/.2006. Rol n° 338-2006.

95.- Ministerio Público c/ Vera Ross, Carlos. 2007. C. A. de Puerto Montt. 24.08.2007. Rol n° 202-2007.

96.- Rozas Lizama, Álvaro C/ Pizarro Aguilar, Fernando. 2007. C. A. de Antofagasta. 23.05.2007. Rol n° 221-2006.

TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL.

97.- Ministerio Público C/ Ramírez, Julio César. 2012. TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL de Santa Cruz. 12.12.2012. Rit n° 40-2012.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

98.- Aarón Vásquez Muñoz C/ 8° Juzgado de Garantía de Santiago. 2008. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 30.01.2008. Rol n° 986-2007.

99.- Pizarro Aguilar, Francisco C/ Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Calama. 2007. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 12.04.2007. Rol n° 670.2006.

OTRAS FUENTES.

100.- LA TERCERA EN INTERNET. Tobilleras con GPS para reos se implementará en agosto sólo en casos de reclusión parcial. 07 de agosto de 2014. En línea: <<http://www.latercera.com/noticia/nacional/2014/08/680-590274-9-tobilleras-con-gps-para-reos-se-implementara-en-agosto-solo-en-casos-de.shtml>> [consulta: 15 enero 2015].

101.- LA TERCERA EN INTERNET. Jueces podrán decretar desde hoy el uso de tobillera electrónica como medida alternativa. 25 de agosto de 2014. En línea: <<http://www.latercera.com/noticia/nacional/2014/08/680-592881-9-jueces-podran-decretar-desde-hoy-el-uso-de-tobillera-electronica-como-medida.shtml>> [consulta: 15 enero 2015].

102.- HONORABLE CÁMARA DE DIPUTADOS. 2015. [en línea] <[http://www.camara.cl/.](http://www.camara.cl/)> [consulta: 02 diciembre 2014].

103.- GENDARMERÍA DE CHILE. 2015. [en línea] <<http://www.gendarmeria.gob.cl/>> [consulta: 10 noviembre 2014].