

N°s 231-232
Año LXXX
Enero-Junio, Julio-Diciembre 2012
Fundada en 1933
ISSN 0303-9986

Una fotografía de la Torre del Reloj de la Universidad de Concepción, un edificio blanco con una torre alta y una gran esfera de reloj, con una versión más difusa y transparente del mismo edificio en el fondo.

REVISTA DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE
CONCEPCIÓN^{MR}

Facultad de
Ciencias Jurídicas
y Sociales

*ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA
LEY N° 20.603, QUE ESTABLECE PENAS SUSTITUTIVAS
A LAS PRIVATIVAS Y RESTRICTIVAS DE LIBERTAD Y SU
APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL*

CLAUDIO VIGUERAS SMITH
Profesor de Derecho Penal
Universidad de Concepción

INTRODUCCIÓN

No es novedoso constatar que en clave de respuesta punitiva, el derecho penal actual es el derecho de la pena privativa de libertad, históricamente denominada “prisión”, aunque el término en nuestro sistema tenga un significado más limitado. Lo cierto es que hoy resulta improbable encontrar conductas punibles que no estén amenazadas con la imposición de una pena privativa de libertad, entendida ésta como aquella que consiste esencialmente en la pérdida o limitación de la libertad de movimiento en un recinto o establecimiento cerrado¹.

Como era de esperarse, la proliferación de esta clase de penas trajo consigo consecuencias nefastas desde la perspectiva de las metas que motivaron su nacimiento. En efecto, paradójal es constatar que surgió al alero de filosofías liberales, con el deliberado propósito de acabar con las inhumanas e indignas penas corporales e infamantes (especialmente la pena de muerte), que dominaron el escenario sancionador hasta principios del siglo XIX. A pesar de ello, las críticas levantadas en su contra han sido permanentes y variadas, especialmente respecto de las penas de corta duración. Como señalan Hassemer y Muñoz Conde, “las penas privativas de libertad de hasta seis meses de duración no son, por lo general, lo suficientemente largas como para

¹ Guzmán Dálbora, José Luis, *La pena y la extinción de la responsabilidad penal* (1ª edición, Santiago, Editorial Legal Publishing, 2008), pág. 186.

permitir un tratamiento con éxito y sí, en cambio, para introducir al recluso en la subcultura de la prisión, es decir, en un sistema diferenciado de control social y jerarquía estructurado por normas, e iniciarlo en las actitudes y técnicas criminales o confirmarlo en ellas². Es por ello que la búsqueda de alternativas a la pena privativa de libertad se inició apenas unas décadas después de su nacimiento.

La realidad nacional no ha sido nunca ajena a estos fenómenos. En Chile la imposición y ejecución de penas privativas de libertad se ha convertido en un problema constante, que además nos tiene ubicados entre los países con mayor cantidad de personas privadas de libertad en el mundo y muy especialmente en América del Sur. De acuerdo a estadísticas de Gendarmería, actualmente conforman la población carcelaria del país cerca de 97.022 personas, de las cuales 47.664 están privadas de libertad, y 49.358 sometidas al régimen de cumplimiento en libertad creado por la Ley 18.216³.

Aunque cifras como éstas demuestran la actualidad del problema, la búsqueda de alternativas eficaces a la prisión no es nueva en nuestro derecho. Así, el primer antecedente es el art. 564 del Código de Procedimiento Penal, que estableció la posibilidad de suspender condicionalmente la condena tratándose de faltas, al que más tarde se sumó la legislación sobre Juzgados de Policía Local mediante la Ley 6.827, de 1941. Luego, en 1944 se dictó la Ley 7.821, sobre remisión condicional de la pena, a la que siguió la creación, en 1983, de la Ley 18.216, sobre medidas alternativas a las penas privativas y restrictivas de libertad. A su vez, esta ley, salvo algunas modificaciones menores, se mantuvo inalterada hasta el 27 de junio de 2012, cuando se publica la Ley 20.603, que modifica la Ley 18.216⁴ sobre medidas alternativas a las penas privativas y restrictivas de libertad.

² Hassemer, Winfried y Muñoz Conde, Francisco, *Introducción a la criminología* (Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2001), pág. 266.

³ Estadísticas oficiales de Gendarmería de Chile al 31 de marzo de 2013. Fuente: www.gendarmeria.cl

⁴ Un análisis pormenorizado de la regulación legal previa a la modificación en Etcheberry, Alfredo, *Derecho penal. Parte general* (3ª edición revisada y actualizada, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997), II, págs. 200-211; Politoff, Sergio y Matus, Jean Pierre, *Comentario preliminar. El sistema de penas chileno*, en *Texto y comentario del Código Penal chileno* (1ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002), I, págs. 287-299; Cury, Enrique, *Derecho penal. Parte general* (8ª edición, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005), págs. 729-740; Politoff, Sergio, Matus Jean Pierre y Ramírez, María Cecilia, *Lecciones de derecho penal chileno. Parte general* (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008), págs. 543-556; Garrido, Mario, *Derecho Penal. Parte general* (3ª edición actualizada, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007), I, págs. 353-367.

En las líneas que siguen nos proponemos entregar una visión panorámica de la normativa que en nuestro ordenamiento jurídico introducen las disposiciones de la referida ley, revisar someramente el contexto en que se incorpora y sus principales aspectos regulativos, tanto desde un punto de vista técnico⁵ como en relación a los primeros pronunciamientos jurisprudenciales sobre la materia⁶.

1. OBJETIVOS DE LA REFORMA

En la tramitación legislativa pueden distinguirse tres grandes etapas:

A) En primer lugar, existe un proyecto enviado por el Ejecutivo en marzo del año 2008, que propone como metas de esta iniciativa:

– Transformar a las medidas alternativas en una herramienta eficaz de control del delito, replicando los niveles de control propios de la cárcel en el caso del sujeto condenado a cumplir bajo una medida alternativa.

– Favorecer la reinserción social mediante el cumplimiento de fines preventivos especiales.

B) Luego, durante el año 2009, se presentó una indicación sustitutiva que reemplazó casi totalmente el proyecto original, que fue objeto de tramitación hasta el mes de enero de 2010.

C) Finalmente, con la asunción del nuevo gobierno, se presentó una nueva indicación sustitutiva en el mes de agosto de 2010, lo que produjo una completa revisión del contenido de proyecto, y que se corresponde a grandes rasgos con el texto que fue en definitiva promulgado. La última de las indicaciones declaró que su objetivo principal era “robustecer el sistema de alternativas a la prisión y transformarlo 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”⁷.

⁵ Desde una perspectiva político criminal, un comentario crítico a lo que entonces era proyecto de ley puede revisarse en Matus, Jean Pierre, *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), *Revista de Derecho Escuela de Postgrado*, Universidad de Chile, N° 1, diciembre 2011, análisis legislativo, págs. 243-248.

⁶ Todas las sentencias citadas en este trabajo están disponibles en el sitio del Poder Judicial, www.pjud.cl.

⁷ Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la Ley N° 20.603*, pág. 19.

2. ÁMBITO DE APLICACIÓN

A) *En cuanto a las penas sustituibles*

La Ley 20.603 no innova en cuanto a la clase de penas que pueden ser objeto de sus disposiciones. Sólo resulta aplicable en caso de penas privativas o restrictivas de libertad impuestas en virtud de la comisión de crímenes o simples delitos. En el caso de las faltas, gana aplicación el estatuto del art. 398 del Código Procesal Penal, relativo a la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

B) *En cuanto a los sujetos*

Es una norma de aplicación general, pero se excluye expresamente a quienes han sido condenados en virtud de la Ley 20.084 sobre responsabilidad penal adolescente. Si bien la ley determina una exclusión en términos absolutos, y parece bastante claro que a un imputado adolescente no puede imponérsele una pena sustitutiva –no tan sólo en virtud del art. 40 de la Ley 20.603 sino también por lo que expresa el propio art. 6 de la Ley 20.084–, un fallo reciente ha considerado aplicables las disposiciones de la Ley 20.603 en carácter supletorio, en tanto ley especial complementaria, cuando es menester resolver una cuestión no regulada explícitamente en la legislación penal adolescente⁸. El caso en cuestión trataba de un adolescente condenado originalmente a una sanción de internación en régimen cerrado con programa de reinserción social, la que luego fue sustituida por una sanción no privativa de libertad. En este contexto, el condenado cumplió parcialmente la pena no privativa de libertad hasta que la quebrantó, ordenándose la reanudación de la sanción original, esto es, la internación en régimen cerrado. En este escenario, la Corte estimó procedente aplicar el art. 26 de Ley 20.603, y abonar al cumplimiento de la sanción privativa de libertad, el tiempo cumplido por el adolescente mientras estuvo en libertad, asunto no reglamentado expresamente en la Ley 20.084.

Aunque fundada en un loable propósito, la decisión de la Corte es discutible, desde que estima aplicable al adolescente la norma del art. 26 por estimar, aparentemente, que el carácter supletorio que el art. 1 de la Ley 20.084 concede a las leyes especiales, prevalece sobre lo dispuesto en el art. 40 de la Ley 20.603, esto es, resolviendo contra lo expresamente dispuesto

⁸ Corte de Apelaciones de Concepción, Rol 168-2013.

en la “ley especial”, lo que nos parece desacertado, pues precisamente esta disposición impide que la Ley 20.603 pueda considerarse en caso alguno como una norma que complementa las disposiciones de la Ley 20.084⁹.

C. Aplicación en el tiempo¹⁰

De manera similar a como sucedió en su momento con la promulgación de la Ley 20.084, en la práctica judicial se ha suscitado una interesante discusión relativa a la posibilidad de aplicar efectivamente esta nueva ley. El origen de la controversia radica en el hecho de que fue promulgada el 13 de junio de 2012 y publicada en el *Diario Oficial* el 27 de junio del mismo año, pero su propia normativa supedita la entrada en vigencia de parte de su articulado a la materialización de las adecuaciones que deben introducirse al reglamento de la Ley N° 18.216¹¹.

En realidad, que parte de la ley no está (enteramente) vigente no es asunto discutible atendido el claro tenor de la propia ley y las reglas generales enclavadas en nuestro Código Civil. Pero precisamente la cuestión es resolver si puede surtir efectos una ley penal promulgada y publicada, pero no vigente. No es un problema de vigencia, sino de eficacia. Hasta el momento, la jurisprudencia de nuestros tribunales superiores se ha pronunciado mayoritariamente en forma afirmativa¹², apoyada en el claro tenor del art. 19 N° 3 inciso octavo de la Constitución Política de la República y del art. 18 del Código Penal, que consagran la aplicación retroactiva de la ley penal más favorable desde su promulgación¹³, así como en el objetivo de la modificación

⁹ Esto sin perjuicio de arribar a una conclusión equivalente por la vía de aplicar analógicamente a favor del condenado lo dispuesto en el art. 26 de la Ley 20.603.

¹⁰ Las dificultades que se indicarán también se plantearon, y siguen vigentes, a propósito de la aplicación de la Ley N° 20.587, promulgada el 28 de mayo de 2012, que modifica el régimen de libertad condicional y establece, en caso de multa, la pena alternativa de trabajos comunitarios.

¹¹ El 18 de enero de 2013 se publicó en el *Diario Oficial* el Decreto N° 515, que aprueba el reglamento de monitoreo telemático de condenados a penas sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad. En todo caso, ello no resolvió el problema relativo a la vigencia de la ley, puesto que la vigencia de este reglamento aparece supeditada a las modificaciones que sufra el Decreto Supremo N° 1.120, de 1984, del Ministerio de Justicia, reglamento de la Ley 18.216.

¹² En est e sentido, sentencias de la Corte de Apelaciones de Concepción Rol 92-2012, 76-2012, 460-2012, 547-2012 y 632-2012, amén de las que más adelante se citan.

¹³ Es también la posición dominante en doctrina. Un resumen de los argumentos que sustenta la tesis minoritaria, que supedita la eficacia de la ley penal más favorable a su entrada en vigencia, puede consultarse en Oliver Calderón, Guillermo, *Retroactividad e irretroactividad de las leyes penales* (1ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007), págs. 31-35.

legal, tendiente a evitar una sobrepoblación carcelaria favoreciendo formas de cumplimiento en libertad. Es cierto que en algunos casos puede debatirse la favorabilidad de las nuevas disposiciones respecto a sus antecesoras, más su carácter de ley penal no parece encontrarse en entredicho.

Asimismo, parece necesario mencionar el fallo de la Corte de Apelaciones de Temuco pronunciado en la causa Rol 46-2013, pues agrega una fundamentación anclada en el respeto y aplicación de normas internacionales¹⁴:

Sexto: Este principio de la retroactividad de la ley penal más favorable es obligatorio para los Tribunales de Chile en su responsabilidad internacional, por la aplicación del artículo 9º de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, al indicar que si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el condenado se beneficiará con ello. Dicha norma debe interpretarse de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del Tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta el objeto y fin de la Convención americana, cuál es la eficaz protección de la persona humana, así como mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos.

Séptimo: Por otra parte, de conformidad con el artículo 29.b) de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, si alguna ley del Estado parte u otro tratado internacional del cual sea parte dicho Estado otorga una mayor protección o regula con mayor amplitud el goce y ejercicio de algún derecho o libertad, este “deberá aplicar la norma más favorable para la tutela de los derechos humanos, así se desprende de sentencia de 2 julio 2004 serie C N° 107, párr. 184; sentencia del 2 febrero 2001 serie C N° 72 parr. 189; y opiniones consultivas OC –18/03 de 17 septiembre 2003. Serie A N° 18, Párr. 21 y OC – 5/85 del 13 noviembre 1985. Serie A N° 5, Párr. 52.

No obstante, la cuestión no ha sido pacífica. Pueden encontrarse decisiones que rechazan la aplicación retroactiva, por entender que la falta de vigencia de las disposiciones de la Ley 20.603 acarrea su ineficacia¹⁵, e

¹⁴ También se invoca la historia del establecimiento del art. 18 del Código Penal y el objetivo de la reforma introducida mediante la Ley 20.603. En todo caso, la decisión comentada se adoptó por mayoría, con el voto en contra de la ministra Sra. Aravena.

¹⁵ Entre ellos destaca un fallo de la Corte de Apelaciones de Temuco, que había sentado una doctrina contraria a la acogida en la sentencia transcrita más arriba. En resumen, se funda en los argumentos sostenidos por la posición minoritaria, que entiende que las leyes penales más favorables no constituyen

incluso que la discusión ni siquiera debería plantearse porque al estar diferida su vigencia en realidad la nueva ley no tiene existencia jurídica¹⁶.

Hasta el momento no se observa un pronunciamiento claro de la Corte Suprema acerca de la eficacia general de la Ley 20.603, y particularmente sobre las disposiciones cuya vigencia está diferida¹⁷. No obstante, sí existen sentencias que, sobre la base de una diferenciación entre la parte de la ley vigente y aquella que no lo está, acepta la aplicación parcial, esto es, sólo de algunas disposiciones de la ley nueva, las que entonces hace coexistir con la antigua, validando la resistida aplicación de lo que la doctrina denomina *lex tertia*¹⁸.

Lo que en cualquier caso resulta claro es que la aplicación retroactiva, cualquiera sea el alcance que se le acuerde, procede no sólo a petición de parte sino también de oficio por el tribunal que conoce de la cuestión. En materia recursiva, se ha fallado que el agravio se configura aunque la petición concreta de aplicación no haya sido formulada ante el juez de la instancia o el que conoce de la respectiva gestión¹⁹.

3. NATURALEZA JURÍDICA

Una primera novedad concierne a la naturaleza jurídica. La ley las denomina penas sustitutivas. El proyecto de 2008 seguía hablando de

excepción a la regla general en cuanto a la eficacia de las leyes, y que en consecuencia no basta la mera promulgación sino que es necesaria además su efectiva entrada en vigencia. Por otra parte, precisa que la alusión a instrumentos internacionales no es argumento decisorio, por cuanto en ellos no se habla de una ley "promulgada" sino únicamente de leyes más favorables. Igualmente, por el rechazo de la aplicación mientras no se efectúen las adecuaciones reglamentarias pertinentes, la Corte de Apelaciones de San Miguel, causas Rol 286-2012, 1420-2012 y 87-2013; Corte de Apelaciones de Arica, Rol 211-2012.

¹⁶ Corte de Apelaciones de Rancagua, Rol 315-2012; Corte de Apelaciones de La Serena, Rol 274-2012.

¹⁷ No obstante, en causa Rol 8936-2012, el máximo tribunal expresó: "Que en la especie de la sola lectura del inciso 2º artículo 37 de la Ley 20.603, que modificó la Ley 18.216 sobre penas alternativas a las privativas o restrictivas de libertad –normativa que se encuentra plenamente vigente y es aplicable desde la fecha de su promulgación, no obstante no haberse dictado la totalidad de las disposiciones adecuatorias, en cuanto éstas tienen un carácter netamente reglamentario– se desprende que la resolución que deniega un pena alternativa, cuando está contenida formalmente en la sentencia definitiva, es apelable para ante el tribunal de alzada respectivo de acuerdo a las reglas generales" (Considerando tercero). De ello parece desprenderse una decisión a favor de la aplicabilidad de todo el articulado de la Ley 20.603. Adicionalmente y en tal sentido existe también un voto de minoría de los ministros Sres. Kunsemuller y Brito, consignado en los fallos Rol 7034-2012 y 7319-2012.

¹⁸ Corte Suprema, Rol 664-2013 y 3006-2013.

¹⁹ Corte Suprema, Rol 3006-2013.

medidas alternativas. El cambio se introdujo en virtud de la indicación de 2010, y que según el ejecutivo pretendió “precisar que no se está frente a un ‘beneficio’ otorgado al condenado, sino que frente a una sanción, que a su vez se impone en forma sustitutiva a la pena privativa de la libertad originalmente impuesta, pudiendo ser revocada en el evento ser incumplida (*sic*)²⁰”. Esto demuestra que la designación se basó en una finalidad preventivo-general, para intimidar a la ciudadanía, advirtiéndoles que la nueva legislación no concede regalías, impone penas.

Aunque la denominación es clara, surgen algunas dudas si se considera que de acuerdo al art. 1 las penas sustitutivas vienen a reemplazar la “ejecución” de otra pena. No se trata entonces, a diferencia de lo que ocurría con las medidas alternativas, de que se suspenda la ejecución, sino de la sustitución de una pena, que no empieza a ejecutarse, por otra²¹. Por ello, llama la atención que la Ley 20.603 no haya incorporado estas penas a la escala general del art. 21 del Código Penal. Esto parece inconveniente, pues como se establece claramente que se trata de penas, ninguna duda cabe que ostentan una naturaleza distinta a la pena en cuyo reemplazo se imponen. Así, por ejemplo, no cabe duda que la remisión condicional es una pena no privativa de libertad, y es perfectamente posible que se imponga en reemplazo de una sanción de ese carácter. Esta mutación de la naturaleza jurídica de las medidas acarrea algunas consecuencias de importancia. A modo meramente ejemplar pueden mencionarse las siguientes²²:

²⁰ Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la Ley N° 20.603, pág. 21.

²¹ Probablemente ello explica reflexiones como las realizadas por la Corte de Apelaciones de Arica, Rol 211-2012: “Sexto: Que, por otra parte y a mayor abundamiento, dable es señalar que la citada Ley N° 20.603 no establece de forma sustantiva una pena más favorable por el delito al que fue condenada la recurrente, sino que regula formas alternativas al cumplimiento de condenas, hipótesis no comprendidas en el artículo 18 del Código Penal”, lo que a todas luces es errado; el hecho de que no se trate de una pena “directamente” asociada a la comisión de un delito en particular en nada altera su auténtica naturaleza jurídica en tanto sanción penal. En cambio, correctamente, distinguiendo entre los antiguos “beneficios” y las penas sustitutivas, Corte de Apelaciones de Concepción, Rol 309-2012.

²² La sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción en causa Rol 499-2012 parece sugerir otro aspecto relevante. En lo pertinente, el fallo expresa: “Que siendo la reclusión parcial una pena y no un beneficio o medida alternativa, ésta *debe imponerse* cuando se dan los requisitos para ello...” (el destacado es nuestro). Esto implica que a diferencia de lo que ocurría con los antiguos beneficios alternativos, si se dan los requisitos legales la imposición de la pena sustitutiva es forzosa y no meramente facultativa para el juzgador.

A) Reincidencia

En efecto, como las sanciones sustitutivas que establece la Ley 20.603 son penas, resulta entonces que el condenado a ellas que vuelve a delinquir durante su cumplimiento se verá expuesto a la agravante del art. 12 N° 14, primera parte, del Código Penal (cometer el delito mientras cumple una condena). En esto la situación de los condenados se agrava y la cuestión de la naturaleza jurídica de las sanciones deja de ser un problema meramente terminológico, toda vez que de acuerdo a la redacción aún vigente, si un sujeto delinque mientras cumple con alguna de las medidas alternativas no incurre en la aludida agravante, pues expresamente la ley señala que el efecto de tales medidas es “suspender” el cumplimiento de la pena (salvo el discutido caso de la reclusión nocturna, que sería una forma especial de cumplir una pena privativa de libertad).

B) Prescripción de la pena

En esta materia pueden vislumbrarse varios inconvenientes, pero nos interesa decir un par de palabras sobre lo siguiente: mientras se ejecuta la pena sustitutiva, ¿empieza a computarse el plazo de prescripción de la pena originalmente impuesta? Esto será una cuestión a resolver, toda vez que al caracterizar a las penas sustitutivas como penas autónomas, diferentes de la original y que se imponen para reemplazar la ejecución de aquélla, se impide afirmar que cuando el condenado comienza a cumplir una libertad vigilada, por ejemplo, esté en realidad principiando la ejecución de la pena original. Por ello, si en algún momento se quebranta el cumplimiento de la pena sustitutiva ello no debería obstar al cómputo de la prescripción de la pena original desde la fecha de la sentencia de término, y no desde el respectivo quebrantamiento. Esto se ve apoyado por el hecho de que la ley dispone que la revocación de las penas sustitutivas precisamente conduce a la necesidad de cumplir la pena original. Esto es sin perjuicio de lo que se dirá a continuación.

C) Revocación de la pena sustitutiva

Otra consecuencia se refiere al efecto que la observación parcial de la pena sustitutiva surte en el cumplimiento de la pena sustituida, cuando la primera es revocada. Esto por cuanto si bien es evidente que la íntegra sujeción al régimen de la pena sustitutiva equivale al cumplimiento de la pena principal y por tanto extingue la responsabilidad penal, la situación,

sólo conceptualmente, no es igual de clara tratándose de un cumplimiento incompleto. Antes de la modificación legal la situación estaba definida, al menos tratándose de la libertad vigilada y la remisión condicional, ya que por mandato del art. 1 las penas quedaban suspendidas, y entonces no era discutible que mientras la medida alternativa se cumplía, la pena no. En concordancia, la revocación de tales medidas sujetaba al condenado al cumplimiento total de la pena originalmente impuesta. En este sentido, una de las innovaciones de la Ley 20.603 se encuentra en el art. 26 inciso primero, que vuelve a clarificar la cuestión de antemano, pero esta vez en una dirección opuesta a la de la antigua regulación. Reza el art. 26: “La decisión del tribunal de dejar sin efecto la pena sustitutiva, sea como consecuencia de un incumplimiento o por aplicación de lo dispuesto en el artículo siguiente, someterá al condenado al cumplimiento del saldo de la pena inicial, abonándose a su favor el tiempo de ejecución de dicha pena sustitutiva de forma proporcional a la duración de ambas”. A propósito de esta norma, la Corte Suprema ha expresado:

“6°. Que, como puede advertirse, la redacción del artículo 26 no hace distinción alguna entre la libertad vigilada y la libertad intensiva, como sucedía con el antiguo artículo 27 de la Ley N° 18.216, en que a los beneficiarios de la remisión condicional de la pena y la libertad vigilada se les imponía el cumplimiento total de la pena inicialmente impuesta, mientras que a quienes se les concedía la reclusión nocturna se les consideraba el tiempo cumplido en esa modalidad”²³.

Luego, de ello se desprende que mientras el condenado sirve una sanción sustitutiva, está cumpliendo una pena de modo equivalente al cumplimiento de la pena sustituida, por lo que toda observación parcial debe abonarse al cumplimiento de la pena principal en caso de revocación, y ello en forma proporcional a la duración de ambas penas. Aquí cobra relevancia la duración del período de observación. Así por ejemplo, si un sujeto es condenado a cumplir una pena de 300 días de reclusión en su grado mínimo, la que se sustituye por la remisión condicional por un año, y ésta es revocada luego de seis meses de cumplimiento (es decir la mitad del período de observación), corresponderá abonar al cumplimiento de la pena original un tiempo equivalente a la mitad de su duración.

²³ Rol 1101-2013. En igual sentido el fallo de la Corte de Apelaciones de Concepción, Rol 489-2013.

D) Regulación de penas conforme al art. 164 del Código Orgánico de Tribunales

Hasta hoy, es arduamente debatida la posibilidad de extender los efectos de la denominada regulación de penas del art. 164 del Código Orgánico de Tribunales a las medidas alternativas²⁴. Esto porque el tenor de la citada regla alcanzaría sólo a la pena misma pero no a su forma de cumplimiento. Por ello es que sólo en virtud de una interpretación extensiva, orientada teleológicamente, puede defenderse la inclusión de las medidas alternativas al cumplimiento de las penas privativas y restrictivas de libertad. No obstante, creemos que las disposiciones de la Ley 20.603 cambian drásticamente el panorama. En efecto, al establecerse derechamente penas y no medidas alternativas, nada impide considerar que los efectos de la regulación se viertan también sobre la imposición de penas sustitutivas.

4. LIMITACIÓN A LA SUSTITUCIÓN DE LAS PENAS PRIVATIVAS Y RESTRICTIVAS DE LIBERTAD

El art. 1 establece que la sustitución no procede en ciertos casos que detalla. Pueden distinguirse tres situaciones:

A) Condenados por delitos de sustracción de menores, formas calificadas de secuestro, violación (de mayor y menor de 14 años), violación con homicidio, parricidio y femicidio, homicidio calificado. Para comprender los límites de la prohibición debe sí remarcarse que sólo se aplica a quienes han sido condenados como autores de delito consumado (art. 1 inciso segundo).

Es probable que genere discusión la situación de los condenados por delitos complejos, entre los que figuran los excluidos, pero que no fueron objeto de mención expresa, como el robo con homicidio o con violación.

Esta prohibición, que sólo atiende a la clase de delitos cometidos, es excesivamente formal e inconveniente. En efecto, la conclusión práctica implica que el juez en ciertos casos puede arribar a la convicción de que la pena concreta que el sujeto merece sufrir, por razones de injusto o culpabilidad, es notoriamente inferior a la que aparece asignada en abstracto al ilícito respectivo, tornándose manifiestamente injusta la improcedencia

²⁴ Niega esta posibilidad Matus, Jean Pierre, *Proposiciones respecto de las cuestiones no resueltas por la Ley N° 20.084 en materia de acumulación y orden de cumplimiento de las penas*, Ius et Praxis, año 14, N° 2, pág. 544.

de las penas sustitutivas²⁵. Sería lo que ocurre por ejemplo con un sujeto condenado por un parricidio cometido con dolo eventual (no olvidemos que existe doctrina y jurisprudencia que lo considera posible), que posee irreprochable conducta anterior y que merced a la concurrencia de otras atenuantes puede optar a una pena privativa de libertad igual o inferior a 5 años.

De acuerdo al propio art. 1, es posible que el juez ordene la sustitución si la sentencia reconoce la concurrencia de la atenuante del art. 11 N° 1 del Código Penal. Es importante destacar que la remisión sólo exige que se configure esa atenuante, cualquiera sea la eximente incompleta de que se trate.

Si bien debe celebrarse la inclusión de una regla que flexibiliza la rígida limitación del art. 1, se torna incomprensible la alusión al art. 11 N° 1 del Código Penal, porque ello supone la asunción, no necesariamente correcta, de que las eximentes incompletas tienen un contenido o valor atenuatorio que no poseen otras circunstancias atenuantes, y esto en realidad no es debatible, porque así lo pone de manifiesto el propio art. 11 y los arts. 65 y siguientes, que ninguna particularidad le atribuyen que permita diferenciarlas de las restantes atenuantes (salvo el caso, claro está, de la atenuante privilegiada del art. 73).

Cuando se introduce esta excepción, se mencionan como ejemplo la legítima defensa incompleta o la privación parcial de razón²⁶. Aparentemente, se quiso impedir el cumplimiento efectivo de la pena en caso de parricidios cuando el sujeto activo es una mujer y no se configuren a su respecto todos los requisitos para que opere una eximente de responsabilidad penal. En todo caso, parece de toda lógica entender que con mayor razón regirá esta excepción cuando lo que se reconozca a favor del condenado no sea específicamente la atenuante del art. 11 N° 1 del Código Penal sino la atenuante privilegiada del art. 73, esto es, cuando no sólo concurre parte de los requisitos de la respectiva eximente, sino la mayoría de ellos, situación que en estricto rigor no daría lugar a la excepción. Por supuesto, una interpretación *a fortiori* debe conducir sin más a la conclusión contraria.

²⁵ En términos similares lo manifestó durante su intervención ante la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia el profesor José Luis Guzmán Dálbora, Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la Ley N° 20.603, pág. 82.

²⁶ Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la Ley N° 20.603, pág. 70.

B) No proceden las penas sustitutivas respecto del condenado por el delito del art. 436 inciso primero, esto es, robo con violencia o intimidación en las personas simple, cuando el sujeto fue condenado anteriormente por los delitos del art. 433, 436 y 440 del Código Penal, es decir, robo calificado, robo con violencia o intimidación en las personas, robo por sorpresa o robo en lugar habitado, destinado a la habitación o en sus dependencias. Debe destacarse que en este caso la ley vuelve a utilizar la expresión “delito consumado”, expresión que deviene problemática tratándose de estos ilícitos, en que la tentativa y la consumación se equiparan por mandato legislativo expreso. No opera en este caso la excepción de la atenuante del art. 11 N° 1.

C) Delitos relacionados con el tráfico de drogas

En este punto se establecen dos limitaciones: primero, no puede aplicarse ninguna de las penas sustitutivas a quien ha sido condenado con anterioridad por alguno de los crímenes o simples delitos tipificados en las leyes 20.000, 19.366 o 18.403, se haya cumplido o no la pena impuesta, a menos que se les reconozca la atenuante de cooperación eficaz y, segundo, no puede imponerse la pena de prestación de servicios en beneficio de la comunidad a quien es condenado por alguno de estos delitos.

Como cuestión aparte, hay que remarcar que el art. 1 señala expresamente que para los efectos de la ley toda, “no se considerarán las condenas por crimen o simple delito cumplidas, respectivamente, 10 ó 5 años antes de la comisión del nuevo ilícito”. Así, se recoge un criterio que venía si no imponiéndose al menos abriéndose paso en los pronunciamientos jurisprudenciales, en orden a extender la regla del art. 104, relativa a la llamada prescripción de la reincidencia al ámbito de las medidas alternativas de la Ley 18.216 (de allí que los plazos de cinco y 10 años, respectivamente, coincidan con los necesarios para la no consideración de aquella agravante). La falta de valoración de estas condenas anteriores es imperativa para el tribunal. Por otra parte, el plazo respectivo debe computarse desde el momento en que la pena se cumplió y completarse antes de la ejecución del ilícito. La inexistencia de un plazo referido a las faltas es concordante con el hecho de que la ejecución de una o más faltas no obsta, formalmente, a la imposición de una pena sustitutiva.

5. PENAS SUSTITUTIVAS EN PARTICULAR

Amén de su denominación y los demás aspectos someramente revisados, una de las grandes novedades de la nueva normativa dice relación con el número de penas sustitutivas. Es así como la Ley 18.216 reconocía la existencia de tres medidas alternativas: remisión condicional de la pena, reclusión nocturna y libertad vigilada.

La Ley 20.603, en cambio, crea un catálogo más amplio, que contempla seis penas sustitutivas: remisión condicional, reclusión parcial, libertad vigilada, libertad vigilada intensiva, expulsión y prestación de servicios en beneficio de la comunidad.

Revisaremos brevemente cada una de estas medidas.

A) Remisión condicional

El art. 3 la define como la sustitución del cumplimiento de la pena privativa de libertad por la discreta observación y asistencia del condenado ante la autoridad administrativa durante cierto tiempo. Es posible subrayar dos cuestiones. Primero, que por un error de redacción el art. 4 letra a), al referirse a los requisitos, alude a penas privativas o restrictivas de libertad, mientras el concepto del art. 3 sólo se refiere a las primeras. En segundo lugar, que la ley refuerza la idea de que cumplimiento de la pena sustitutiva no es el cumplimiento de la pena reemplazada, y no puede serlo pues se trata de otra pena. Esto implica, entre otras cosas, que mientras se cumple la pena sustitutiva, la pena original no ha empezado a cumplirse, lo que como se dijo tendrá relevancia si decide discutirse en algún momento la prescripción de dicha sanción, pues con arreglo al art. 98 la prescripción no podrá entenderse suspendida (no hay suspensión de la prescripción de la pena²⁷), y habrá de computarse el plazo respectivo desde la fecha de la sentencia de término²⁸.

Sus requisitos son en general los mismos que se requieren para la actual remisión condicional, sobre todo en cuanto la pena máxima sustituible es una que no exceda de tres años. No obstante se imponen dos limitaciones, inexistentes en la Ley 18.216. La pena no procede:

– Si el sujeto es condenado por el delito de tráfico de pequeñas cantidades de droga (art. 4 Ley 20.000), o por el delito de conducción en estado de ebriedad causando lesiones menos graves, graves o muerte, cuando

²⁷ Por todos, Cury, Enrique, *Derecho penal*, cit (n.4).

²⁸ Sin perjuicio de lo dicho a propósito del art. 26.

la pena privativa o restrictiva de libertad excede de 540 días y no pasa de tres años.

– Si el sujeto es condenado a una pena privativa o restrictiva de libertad superior a 540 días y que no pasa de cinco años, si se trata de los siguientes delitos: amenazas, parricidio, homicidio simple o calificado, lesiones corporales (siempre que se cometan en contexto de violencia intrafamiliar); estupro, abuso sexual del art. 365 bis, abusos sexuales del art. 366, 366 bis, 366 quáter, 366 quinquies, favorecimiento de la prostitución, obtención de servicios sexuales, promoción de entrada y salida del país para ejercer la prostitución.

En estos casos sólo puede imponerse la reclusión parcial o la libertad vigilada (simple o intensiva), si se dan sus requisitos.

Una primera mirada a estas restricciones podría conducir a la apreciación de un absurdo. Esto porque alguno de los delitos aquí mencionados son de aquellos que inhiben la aplicación de toda pena sustitutiva, como ocurre por ejemplo con el parricidio o el homicidio calificado. Empero, la contradicción es sólo aparente, puesto que hay a lo menos tres grupos de casos en que la comisión de tales delitos es compatible con la imposición de penas sustitutivas:

– Cuando se trata de delitos tentados o frustrados, pues la restricción del art. 1 sólo opera respecto a delitos consumados.

– Tratándose de sujetos condenados en calidad de cómplices o encubridores, a quienes no alcanza la limitación legal.

– Cuando, aunque se trate de delitos consumados cometidos por autores, se haya reconocido la eximente incompleta del art. 11 N° 1 del Código Penal.

La remisión condicional sujeta al condenado a prácticamente las mismas obligaciones exigibles bajo la redacción anterior, pero se elimina la posibilidad de imponer al condenado la de satisfacer las indemnizaciones civiles y costas de la causa como condición para la aplicación de la pena.

B) Reclusión parcial

Consiste en encerrar al condenado, en su domicilio o en establecimientos especiales, durante 56 horas semanales.

Claramente emparentada con la antigua medida alternativa de reclusión nocturna, no debieran existir tapujos para calificarla derechamente como una pena privativa de libertad, y su conceptualización legal no puede ser más clara: se trata de un encierro.

La reclusión parcial puede ser de tres clases:

Diurna, que consiste en el encierro en el domicilio del condenado, durante un lapso de 8 horas diarias y continuas, las que se fijarán entre las 8 y 22 h.

Nocturna, que consiste en el encierro en el domicilio del condenado o en establecimientos especiales, desde las 22 h de cada día hasta las 6 h del día siguiente.

De fin de semana, que consiste en el encierro del condenado en su domicilio o en establecimientos especiales entre las 22 h del día viernes y las 6 h del día lunes siguiente.

Los requisitos son básicamente idénticos a los exigidos para la actual reclusión nocturna, incluido el hecho de que la pena no debe exceder de tres años, pero caben destacarse dos cuestiones. Primero, se restringe su aplicación de manera absoluta cuando el sujeto ha sido condenado, dentro de los 5 ó 10 años anteriores, a dos o más reclusiones parciales. Luego, a propósito del llamado “requisito subjetivo” del art. 8 c), regla según la cual la pena sólo procede “si existen antecedentes laborales, educacionales o de otra naturaleza similar que justificaren la pena, así como si los antecedentes personales del condenado, su conducta anterior y posterior al hecho punible y la naturaleza, modalidades y móviles determinantes del delito, permitieren presumir que la pena de reclusión parcial lo disuadirá de cometer nuevos ilícitos”. Nos parece que la expresión “así como” será problemática, pues algunos la considerarán como estableciendo una alternativa (el efecto disuasivo se desprende de los antecedentes o de los demás factores), y otros probablemente la estimarán como una verdadera exigencia copulativa (sólo la consideración conjunta de los antecedentes y los demás factores puede arribar a la conclusión del efecto disuasivo de la pena).

El cumplimiento de la pena se controla a través del monitoreo telemático, siempre que la pena se ejecute en el domicilio del condenado. En los restantes casos, es decir, cuando el condenado es encerrado en establecimientos especiales, bastará con la forma de control que en ellos se establezca.

Excepcionalmente pueden disponerse otras formas de control cuando Gendarmería de Chile informe desfavorablemente la factibilidad técnica de implementar el monitoreo telemático.

En todo caso, la factibilidad técnica del monitoreo telemático no es condición para decretar la reclusión parcial²⁹. En el proyecto de 2008, la

²⁹ No obstante, la jurisprudencia ha dicho que la existencia de un informe previo desfavorable sí es requisito para decretar otras formas de control. Así la Corte de Apelaciones de San Miguel, causa Rol 87-2013, considerando sexto.

única forma de supervigilar la reclusión parcial era mediante este sistema, pero luego la redacción fue modificada pues de mantenerla podían generarse efectos discriminatorios a propósito de las características del sector en que residiera el condenado³⁰. A pesar de ello, una regla similar, que puede ser objeto de las mismas críticas, subsiste en el caso de las penas mixtas.

C) Libertad vigilada

Consiste en someter al penado a un régimen de libertad a prueba que tenderá a su reinserción social a través de una intervención individualizada, bajo la vigilancia y orientación permanentes de un delegado.

Sus requisitos son los siguientes:

– Que la pena privativa o restrictiva de libertad que imponga la sentencia sea superior a dos años y no exceda de tres. Sin embargo, si el delito que motiva la condena es el de tráfico en pequeñas cantidades o el de conducción en estado de ebriedad causando lesiones menos graves, graves o la muerte, puede imponerse la libertad vigilada siempre que la pena sea superior a los 540 días y no exceda de tres años. Recordemos que en estos casos no puede imponerse la pena sustitutiva de remisión condicional.

– Que el sujeto no haya sido condenado anteriormente por crimen o simple delito.

– 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 permitieren concluir que una *intervención individualizada* parece eficaz en el caso específico, para su efectiva reinserción social.

El texto legal agrega expresamente que los antecedentes en que debe basarse la apreciación del tribunal deben ser aportados por los intervinientes. Sólo de manera excepcional puede requerirse un informe a Gendarmería sobre estas materias. Esto significa acabar con la práctica del denominado “informe pre sentencial”.

D) Libertad vigilada intensiva

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*

³⁰ Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, de 5 de abril de 2011.

aplicación de ciertas condiciones especiales.

En suma, la libertad vigilada intensiva se independiza de la libertad vigilada “simple” en cuanto el penado queda sujeto a un número adicional de condiciones, bajo un estricto sistema de control.

Sus requisitos son los mismos de la libertad vigilada, pero la pena impuesta en la sentencia debe ser superior a tres años y no exceder de cinco, salvo que se trate de personas condenadas por delitos de connotación sexual o ilícitos cometidos en contexto de violencia intrafamiliar, pues en tales casos puede aplicarse una pena que exceda de los 540 días.

La ley señala las obligaciones que debe cumplir el condenado a libertad vigilada o libertad vigilada intensiva. No obstante, las específicas actividades que tienden a la reinserción del sujeto se contienen en un plan de intervención individual cuya elaboración está a cargo del delegado de libertad vigilada, y que debe ser aprobado por el tribunal.

La duración de la pena es idéntica a la extensión de la pena original. Excepcionalmente, el delegado puede proponer una duración inferior, o incluso el término anticipado de la pena, si se han cumplido los objetivos fijados en el plan.

Por otra parte, si durante la etapa de investigación existen antecedentes que permiten presumir un consumo problemático de alcohol o drogas, pueden decretarse los exámenes respectivos, y si el imputado se niega, esto puede ser considerado por el juez como un antecedente para negar la aplicación de la pena sustitutiva. Además, si efectivamente se detecta la existencia de un consumo problemático, el juez tiene la obligación de someter al condenado a un programa de rehabilitación.

Es complejo que el legislador no haya ponderado la necesidad de contar con el consentimiento del condenado para una imposición de esta consecuencia accesoria. Lo cierto es que en países como Inglaterra, el régimen que puede considerarse equivalente al de la libertad vigilada, esto es el de las llamadas órdenes comunitarias, exige contar con la voluntad del sujeto a estos efectos³¹.

El control del cumplimiento está a cargo de los respectivos delegados de libertad vigilada o libertad vigilada intensiva, quienes deben informar periódicamente al tribunal, el que a su vez deberá citar con cierta frecuencia

³¹ Morales, Ana María y Welsch, Gherman, *Medidas alternativas en España, Estados Unidos, Inglaterra, Brasil y Francia*, Fundación Paz Ciudadana, Santiago, 2011, pág. 45.

a audiencias que tengan por objeto revisar el avance en el cumplimiento de la pena sustitutiva.

E) Prestación de servicios en beneficio de la comunidad

Se trata de una sanción ya conocida por nuestro ordenamiento penal en el caso de los adolescentes y también como pena alternativa al castigo de algunas faltas reguladas en la Ley 20.000 sobre tráfico ilícito de drogas. Hoy cabe considerar, además, que en virtud de las modificaciones introducidas por la Ley 20.587, se transforma en la sanción sustitutiva por excelencia tratándose del incumplimiento de las penas de multa.

La pena consiste en la realización de actividades no remuneradas a favor de la colectividad o en beneficio de personas en situación de precariedad coordinadas por un delegado de Gendarmería de Chile. Sus requisitos son:

- Que la pena originalmente impuesta no exceda de 300 días.
- Que existan antecedentes laborales, educacionales o de otra naturaleza similar que justifiquen la pena, o si los antecedentes personales del condenado, su conducta anterior y posterior al hecho punible y la naturaleza, modalidades y móviles determinantes del delito permitieren presumir que esta pena lo disuadirá de cometer nuevos ilícitos.

- Que el condenado consienta en la aplicación de la pena. Se trata de una situación excepcional, toda vez que la pena no puede imponerse sin el consentimiento del penado. Existe sí un antecedente positivo en este sentido, pues tratándose de adolescentes la aplicación de esta sanción también requiere el consentimiento del condenado, lo que en todo caso es obvio si se pondera la naturaleza de la pena. Es más, de lo que dispone el art. 30 se deduce que la conformidad del condenado no sólo es necesaria para imponer la pena sino durante toda su ejecución. Esto es evidente pues la aludida norma obliga al juez a revocar la pena cuando el penado así lo requiera expresamente.

La prestación de servicios procede por una sola vez y siempre que *los antecedentes penales anteriores* del condenado hagan improcedente la aplicación de las demás penas sustitutivas, lo que le confiere un carácter subsidiario. No obstante, creemos que la redacción de la norma es demasiado restrictiva, pues condiciona la aplicación de esta pena a los casos en que las demás resultan improcedentes en consideración a los “antecedentes penales anteriores” del condenado. Una interpretación literal conduciría entonces a la imposibilidad de aplicarla cuando el juez estima que la improcedencia de las demás penas sustitutivas no se funda en los referidos antecedentes sino

en otra clase de razones. Piénsese por ejemplo en el caso que el juez estima demasiado rigurosa la pena sustitutiva de reclusión parcial para disuadir al condenado de la comisión de ilícitos futuros, estimando que la prestación de servicios operará como un disuasivo más eficaz y menos nocivo, propendiendo de mejor manera a la resocialización del penado.

*F) Expulsión*³²

Esta pena no figuraba en el proyecto de 2008. Fue introducida mediante la indicación sustitutiva de 2010. Para fundar su inclusión, el ejecutivo indicó que su objetivo era solucionar un problema que aqueja sobre todo a las cárceles de las regiones del norte de nuestro país, que albergan gran cantidad de reclusos extranjeros, de manera que razones de hacinamiento, y también económicas, justificaban la medida.

Se trata de una sanción únicamente aplicable a los extranjeros, que en todo caso no es absolutamente ajena al ordenamiento punitivo nacional³³. Consiste en la expulsión del condenado del territorio nacional durante un plazo de 10 años.

Es una pena que se aparta absolutamente del principio de proporcionalidad, porque su extensión no se vincula en absoluto al grado de perturbación que la comisión del hecho ilícito puede significar en el orden social. Da igual si se trata de un hurto o un homicidio, o si la pena original es de 21 días o cinco años, la reacción penal es siempre la misma. Por lo anterior, no puede fundarse en principios retributivos ni preventivos. En efecto, no sirve a fines de prevención general, pues incluso es posible que la comunidad lo visualice como un premio para el sujeto, y mucho menos puede entenderse que se orienta a lograr su reinserción. Parece claro que una pena como ésta se funda únicamente en la necesidad de neutralizar o inocuizar al delincuente, asegurándose que éste no vuelva a delinquir al menos en un plazo determinado.

³² Una mirada comparativa entre la regulación del proyecto de ley chileno y la realidad de la legislación española puede revisarse en Salinero, Sebastián, *La expulsión de extranjeros en el derecho penal. Una realidad en España, una posibilidad en Chile*, Política criminal, Vol. 6, N° 11 (julio 2011), págs. 106-141.

³³ El art. 472 ordena la expulsión del extranjero que es condenado por usura. No obstante, en tal caso no se atiende al carácter de la residencia que el condenado mantiene en Chile.

Para su aplicación deben reunirse las siguientes condiciones:

– Que la sentencia imponga una pena igual o inferior a cinco años de presidio menor en su grado máximo.

– Que el condenado *no tenga residencia legal* en Chile³⁴. No parece convincente la diferenciación entre el extranjero que tiene residencial legal del que no la posee, para situarlos jurídicamente en un estatus tan diverso, con lo que pensamos se afecta el principio de igualdad ante la ley, del art. 19 N° 2 de la Constitución Política de la República.

– Que la pena se decreta *previa audiencia, a la que deberá ser citado el Ministerio del Interior y Seguridad Pública*.

Esta intervención de la autoridad administrativa, en la decisión acerca de la imposición de una pena, parece altamente criticable. La pena puede decretarse cualquiera sea el delito que motiva la condena.

Una cuestión que merece dudas es la relativa a la posibilidad de imponer esta pena con posterioridad a otra de carácter sustitutivo. Pensemos en un extranjero que es condenado a tres años de presidio menor en su grado medio, a quien se concede libertad vigilada. Luego esa medida es revocada, ordenándose el cumplimiento de la pena original ¿Podría ese sujeto requerir la sustitución de la pena original por la de expulsión? No parecen haber inconvenientes, de texto al menos, para que una situación de esa naturaleza pueda producirse. Por lo demás, el mismo art. 34 señala que si la pena es revocada lo que procede es el cumplimiento del “saldo” de la original, admitiendo tácitamente que parte de la pena pudo estar cumplida. Por lo demás esto es comprensible si se considera que durante casi toda la tramitación del proyecto la norma requería que el sujeto cumpliera previamente un tercio de la pena impuesta, lo que la asemeja más a una pena de las ahora llamadas “mixtas”.

6. REEMPLAZO DE LAS PENAS SUSTITUTIVAS

El art. 32 permite reemplazar la pena sustitutiva impuesta en la sentencia, por otra de menor rigurosidad.

Existen dos exigencias generales:

³⁴ La determinación del concepto de residente ilegal debe hacerse con arreglo a las disposiciones del Decreto Ley N° 1.094, de 19 de julio de 1975, que establece normas sobre extranjeros en Chile.

A) Informe *favorable* de Gendarmería.

B) Que el sujeto haya cumplido al menos *la mitad* del período de observación. Sin embargo, si lo que pretende sustituirse es la pena de libertad vigilada que a su vez ya se impuso en reemplazo de una libertad vigilada intensiva, es necesario el cumplimiento de los dos tercios de la pena originalmente impuesta.

La sustitución no procede tratándose de la remisión condicional.

El reemplazo puede operar de oficio o a petición de parte, y en todo evento la resolución del tribunal es apelable. En todo caso, negada que sea la sustitución, ella no puede volver a discutirse sino hasta seis meses después.

7. QUEBRANTAMIENTO E INCUMPLIMIENTO DE LAS PENAS SUSTITUTIVAS

La nueva regulación distingue entre el incumplimiento y el quebrantamiento, que si bien pueden compartir efectos, tienen distintos presupuestos que es menester exponer por separado.

A) Quebrantamiento

Las penas sustitutivas se entienden *quebrantadas* por el sólo ministerio de la ley, cuando durante su cumplimiento el condenado comete nuevo crimen o simple delito y es condenado por sentencia firme. Como lo ha destacado ya la Corte Suprema, si bien la redacción es muy similar a la contenida en el antiguo art. 26 de la Ley 18.216, “se diferencia de esta última norma en cuanto establece una presunción de quebrantamiento, y no una presunción de revocación como lo hacía la última disposición aludida. Lo anterior resulta relevante al efecto del recurso en estudio, toda vez que de la diferencia antes constatada se desprende que la revocación de la pena sustitutiva –al no ser ya producto de la sola voluntad de la ley– requiere de resolución judicial que la declare”³⁵. Luego, la revocación de la pena fundada en su quebrantamiento sólo opera efectivamente desde la fecha de la sentencia firme que así lo declara, y no desde la fecha de comisión del nuevo ilícito.

El efecto del quebrantamiento es siempre uno solo: la medida es revocada, sin más, por el juez, quien ordenará el cumplimiento del saldo de

³⁵ Sentencia Rol 1084-2013.

la pena inicial, abonándose a favor del condenado el tiempo de ejecución de la pena sustitutiva en forma proporcional a la duración de ambas.

B) Incumplimiento

Hay que tener presente que las reglas que revisaremos tienen un carácter general, y que tanto la expulsión como la prestación de servicios están sometidas a reglas especiales.

El incumplimiento se configura cuando el sujeto no satisface cabalmente los deberes impuestos en la sentencia y asociados a la pena sustitutiva. Para determinar la consecuencia, la ley distingue dos clases de incumplimiento:

El incumplimiento grave o reiterado, que según las circunstancias permite al tribunal revocar la pena sustitutiva, ordenando el cumplimiento de la pena originalmente impuesta, o reemplazar la pena sustitutiva por otra más intensa.

Otros incumplimientos injustificados, que determinan una intensificación de las condiciones de la pena sustitutiva, lo que implica el establecimiento de mayores controles para su cumplimiento.

8. PENAS MIXTAS

En síntesis, consiste en la interrupción de una pena privativa de libertad, y en su reemplazo por la pena sustitutiva de libertad vigilada intensiva.

Como expresamente se desprende de los arts. 1, 33 y 37, la pena mixta en realidad no es una pena sustitutiva. Por lo mismo si bien le alcanza la prohibición del art. 1 inciso segundo, no existen problemas para que pueda decretarse tratándose de los casos a que se refiere el inciso final de esa disposición.

Resumidamente, para acceder a una pena mixta se requiere una condena no superior a los cinco años y un día, cumplimiento de un tercio de la pena e informe favorable de Gendarmería.

Nos parece objetable la exigencia de que tanto el reemplazo de las penas sustitutivas como las penas mixtas se supediten a la emisión de un informe favorable –esto es, que recomiende la pena o interrupción– por parte de Gendarmería. Aquello implica entregar una parte importante de la decisión a la autoridad administrativa. Si bien ello es, a priori, razonable (pues se trata del supervisor directo del penado), habría resultado más conveniente requerir, como ocurría con la antigua libertad vigilada, un pronunciamiento que no operase como verdadera condicionante de la decisión judicial.

Además, en el caso de las penas mixtas el informe debe referirse a la factibilidad técnica de implementar el monitoreo telemático, cuestión delicada, toda vez que si el informe es en este punto desfavorable, la pena mixta sencillamente no será impuesta, pues el monitoreo por medios tecnológicos es en este caso mandatorio.

9. NORMAS PROCESALES

La ley establece una serie de reglas de procedimiento que por exceder los límites de este trabajo no serán objeto de comentario detenido, pero debe subrayarse la importante innovación que introduce el art. 37, al hacer procedente el recurso de apelación incluso en aquellos casos en que la resolución que recae sobre la decisión concerniente a la pena sustitutiva se contiene en una sentencia definitiva que es susceptible de ser impugnada también a través del recurso de nulidad, posibilidad hasta hoy arduamente debatida en el ámbito jurisprudencial a propósito de las medidas alternativas. En este punto ya pueden encontrarse pronunciamientos jurisprudenciales que, sobre la base de distinguir aquellas normas de la Ley 20.603 que se encuentran vigentes de las que no lo están, aplican sin ninguna restricción la regla procesal antes descrita³⁶. En todo caso, no puede olvidarse que en este caso se trata de normas de naturaleza adjetiva no sujetas expresamente al principio constitucional de la aplicación retroactiva de la ley penal más favorable, a pesar de lo cual y en virtud de lo dispuesto en el art. 11 del Código Procesal Penal, su aplicación “in actum” no presenta inconvenientes por ser a todas luces más beneficiosa para el imputado.

10. MONITOREO TELEMÁTICO

Es toda supervisión, por medios tecnológicos, de una pena sustitutiva.

A) Objetivos

El proyecto del Ejecutivo declaró expresamente que esta forma de control persigue brindar protección eficaz a las víctimas de delitos sexuales y de ilícitos graves cometidos en contexto de violencia intrafamiliar.

³⁶ Así la ya citada sentencia de la Corte Suprema, Rol 8936-2012. Igualmente, la Corte de Apelaciones de Valparaíso en causa Rol 1070-2012, de la que parece desprenderse la plena aplicación del art. 37, pues luego de rechazar el recurso de nulidad interpuesto por la defensa, ordena remitir los antecedentes al tribunal *a quo* a fin de que se pronuncie sobre la concesión del recurso de apelación que se había interpuesto en forma subsidiaria.

No obstante, tratándose de la reclusión parcial el fundamento cambia, pues en tal caso sólo se busca asegurar el debido cumplimiento de la privación de libertad durante el respectivo período. Por ello es que, tal como se observó durante la tramitación de la ley, es conveniente diferenciar los sistemas de control, permitiendo que en el caso de la reclusión parcial sólo se utilicen sistemas de radiofrecuencia que alerten cuando el sujeto abandona un determinado radio o espacio físico, pero que no permitan saber en todo momento dónde se encuentra³⁷. Una forma de control utilizada en España, por ejemplo, son los denominados “medios de verificación de voz, que permiten controlar la presencia del penado en un determinado lugar mediante la realización de llamadas automáticas de comprobación³⁸”.

Aunque se explicitan algunas normas para estructurar esta forma de control, se encomienda el tratamiento específico de su implementación a un reglamento que será dictado por los Ministerios de Justicia y Hacienda³⁹. Esta decisión merece serios reparos, pues en definitiva entrega la regulación de la forma de ejecución de una pena a la autoridad administrativa, lo que no se compadece con el irrestricto respeto al principio de legalidad penal.

B) Penas susceptibles de monitoreo telemático

Solamente pueden ser objeto de esta clase de supervisión la reclusión parcial y la libertad vigilada intensiva. Si bien la ley sólo se refiere a la reclusión parcial en general, no existen mayores inconvenientes para entender que esta forma de monitoreo sólo es aplicable a la que se cumple en el domicilio del condenado. Por lo demás, así lo sugiere el propio art. 7.

En el caso de la reclusión parcial, no existe ninguna exigencia relativa a las características de la condena. No obstante, tratándose de la libertad vigilada intensiva, el legislador permite la utilización de esta forma de control sólo cuando se trata de los delitos que señala el art. 15 bis letra b), esto es, delitos sexuales y los cometidos en contexto de violencia intrafamiliar, que taxativamente se enumeran. Además, en este caso se manda tener en cuenta especialmente las necesidades de protección de la víctima para decretar el monitoreo.

³⁷ Así lo expresó ante la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia don Ignacio Castillo Val, coordinador del Magíster de Derecho Penal de la Universidad de Talca, Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la Ley N° 20.603, pág. 86.

³⁸ Welsch Chahuán, Gherman, *Medidas alternativas*, cit. (n. 29), pág. 23.

³⁹ Decreto N° 515, publicado en el *Diario Oficial* el 18 de enero de 2013.

Asimismo, se prevé la opción de que la víctima cuente con un dispositivo de control, cuando consienta en ello. Si bien los fines de protección son claros habrá de decidirse con cautela la clase de información a que la víctima puede acceder y limitarla a lo estrictamente necesario para satisfacer las necesidades de protección, pues no sería conveniente que un particular cuente con libre acceso a información de aquella cuyo uso está expresamente prohibido. En todo caso, es claro que esta disposición no se aplica cuando el monitoreo supervigila una reclusión parcial, pues como indicáramos su fundamento es diferente. La ley agrega expresamente que el consentimiento de la víctima no es requisito necesario para el establecimiento de esta forma de control.

C) Factibilidad técnica

Esta forma de control sólo puede decretarse cuando se cuente con un informe favorable de Gendarmería de Chile, el que puede ser requerido durante la investigación, y expuesto al tribunal en la oportunidad prevista en el art. 343 del Código Procesal Penal.

D) Duración del monitoreo

Es igual a la duración de la pena sustitutiva. En todo caso, cuando la libertad vigilada intensiva se cumpla en virtud de la imposición de una pena mixta, la supervisión será *obligatoria*.

Es preocupante la inflexibilidad de esta disposición tratándose de la reclusión parcial. En efecto, pensemos que esta pena puede aplicarse por hasta tres años y en caso de utilizarse técnicas de control como el denominado brazalete o tobillera, la estigmatización del condenado puede ser irreparable. Será en todo caso la prudencia de los jueces el decretar esta medida o imponer una específica forma de control, la que permitirá evitar una grave intrusión en la privacidad del condenado.

E) Utilización de la información proveniente del monitoreo

Como regla general se consagra la prohibición de todo uso que no resulte útil al control del cumplimiento de la pena sustitutiva.

Excepcionalmente, se habilita a los fiscales del Ministerio Público para que, previa autorización del juez de Garantía, la utilicen con fines investigativos, pero siempre que el condenado “aparezca” como imputado en

una investigación que se encuentre en curso⁴⁰.

Transcurridos dos años desde el cumplimiento de la condena, Gendarmería debe proceder a la destrucción de la información proporcionada por este sistema, de la manera como lo determine el reglamento respectivo. Nos parece evidente que aún a falta de texto expreso la obligación también debe alcanzar al Ministerio Público una vez se agote la utilización de la información obtenida.

Por otra parte, la revelación indebida de información por parte de quien acceda a ella en razón de su cargo se castiga con la pena que el art. 246 del Código Penal prevé para el autor del delito de violación de secretos.

Es destacable que el proyecto de 2008 ordenaba expresamente que el sistema de monitoreo debía garantizar el respeto a la dignidad, integridad y vida privada del condenado, disposición que inexplicablemente fue retirada en virtud de la indicación sustitutiva de 2010.

11. EFECTOS DE LA IMPOSICIÓN DE PENAS SUSTITUTIVAS

El art. 38 reitera la regla del antiguo art. 29 de la Ley 18.216, en cuanto la imposición de la pena sustitutiva ordenada por sentencia ejecutoriada respecto de quien no ha sido condenado anteriormente por crimen o simple delito, tiene mérito suficiente para omitir en los certificados de antecedentes las anotaciones a que dé origen la condena, y para su eliminación definitiva, si la pena se cumple satisfactoriamente.

La importancia de esta disposición se amplifica pues, en nuestra opinión, el efecto aquí descrito debiera alcanzar sin inconvenientes a las anotaciones que en principio deban realizarse en la recientemente creada sección del registro de condenas relativo a las inhabilitaciones para ejercer cargos, empleos, oficios o profesiones en el ámbito educacional o que impliquen relación directa y habitual con menores de edad (art. 39 bis del Código Penal), de conformidad a las disposiciones de la Ley 20.594.

⁴⁰ Recién el informe de la Comisión Mixta (18 de abril de 2012) da cuenta de la redacción actual del precepto. Originalmente, la información sólo podía utilizarse cuando se contaba con la autorización del juez de Garantía y para la investigación de delitos graves (crímenes). Luego el Senado consagró un libre acceso al Ministerio Público de toda la información, para finalmente definirse la redacción actual de la norma.

12. COMENTARIOS FINALES

Aunque una observación detenida de este nuevo cuerpo normativo debe llevar a reconocer avances concretos en la vertiginosa y cada vez más extendida aplicación de la pena privativa de libertad, como sucede con la creación de la reclusión parcial, la prestación de servicios en beneficio de la comunidad o las penas mixtas, una mirada de conjunto obliga asimismo a ser cauto en estas apreciaciones. A nuestro juicio, no es contundentemente cierto que esta reforma legal contribuya, como sus redactores originales anunciaron, a una profunda resocialización del condenado. En primer lugar, hemos visto se restringe notoriamente la procedencia de alternativas a la prisión en función de la clase de delito cometido. Además, aunque diversifique la respuesta penal, muchas de las penas sustitutivas están expuestas a exigentes requisitos. El sistema de monitoreo telemático puede sujetarse, y así lo demostró la profusa discusión parlamentaria a su respecto, a serios reparos por el efecto profundamente estigmatizador a que conduce. Se observan también importantes restricciones a la facultad de los jueces en la materia, introducidas por la vía de conceder atribuciones excesivas a la autoridad administrativa. Ello se refleja en la necesidad de contar con informes favorables para que pueda siquiera discutirse el reemplazo de las penas sustitutivas, el informe positivo de factibilidad técnica de Gendarmería para la utilización del monitoreo telemático o la inédita exigencia de intervención del poder ejecutivo en la decisión acerca de la aplicación de la pena de expulsión.

Además, la declaración que acompaña al proyecto y, muy particularmente, la evolución que siguió a contar de la indicación de agosto de 2010 no reflejan, a nuestro entender, su contenido, y ésta no es una cuestión exclusivamente reprochable a la Ley 20.603 en particular, sino a una política legislativa permanente y declaradamente expansiva. Por supuesto, la ley que comentamos no escapa a dicha descripción. Lejos de afrontar un problema históricamente insoluble –qué hacer con una pena cuyos reconocidos efectos desocializadores parecen imposibles de controlar– se instauro, como no es ya sorprendente, un paliativo que sólo en las apariencias se hace cargo del asunto. Lo cierto es que apenas lo rodea. Como ya vimos, ésta es, ante todo, una ley que reemplaza tres medidas alternativas a las penas privativas y restrictivas de libertad, por seis nuevas penas que se suman al ya amplio catálogo que informa nuestro orden jurídico penal.

Por supuesto, no queda sino esperar que la implementación de la ley resulte exitosa y propenda efectivamente a construir una sociedad más justa, igualitaria y sobre todo más digna, no sólo para las víctimas, quienes afrontan las consecuencias directas y a veces irreparables del delito, sino también para aquellos que, no se olvide, sufren igualmente los pesares de una consecuencia brutal, como es la de verse privados de su libertad.