



UNIVERSIDAD
Finis Terrae

UNIVERSIDAD FINIS TERRAE
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE DERECHO

Paradigmas de las Penas Sustitutivas en Chile y sus efectos en la actualidad.

KATHERINE BROWN MEJIAS
FADWA RABI SUKNI
KARIN SANDOVAL LEIVA

Presentado(a) a la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae, para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas

Profesor Guía: Sr. Rodrigo Ríos Álvarez.

Santiago, Chile 2023.

A mi Familia, en
especial a mi Madre,
Padre y Hermano quienes
fueron parte del camino
todo este tiempo.

Katherine Brown Mejías.

A mi Madre, Hermanas y
Abuelos que recorrieron
el camino junto a mí.

Fadwa Rabi Sukni.

A mis Hermanas, Madre
y Sebastián por ser mi
pilar fundamental
durante todo el
proceso.

Karin Sandoval Leiva.

Índice

Resumen y palabras claves:	1
Introducción (Tentativa)	2
Capitulo I. Sobre la teoría de la prevención y Teoría de la retribución criminal.	5
1. Sobre la teoría de la prevención:	5
2. Sobre Teorías de la retribución.....	8
Capitulo II. Fundamentos en el marco de las penas sustitutivas en Chile. ...	10
1. Historia de las penas sustitutivas en la legislación chilena.	10
2. Régimen actual de penas sustitutivas y sus modalidades.	13
3. Naturaleza jurídica de las penas sustitutivas.	13
4. Sobre los argumentos políticos - criminal.	19
Capitulo III. Sobre distintivos sistemas de penas sustitutivas en el ámbito comparado.....	25
1. Las sanciones alternativas en Inglaterra.....	25
2. Sobre las penas sustitutivas en Alemania.	31
3. Sobre las Penas Sustitutivas en España.	41
A) Sobre la suspensión sustitutiva.....	46
B) La libertad condicional.	46
C) Sobre La sustitución por expulsión del territorio nacional al extranjero.	47
D) Sobre las medidas de seguridad.	53
Capitulo IV. Jurisprudencia relevante entorno penas sustitutivas en Chile..	55
1. ROL: 249-2022- RECURSO DE AMPARO- TRIBUNAL: CORTE DE APELACIONES DE VALDIVIA.	55
2. ROL: 39-2022 - RECURSO DE APELACIÓN - TRIBUNAL: CORTE DE APELACIONES DE PUNTA ARENAS.....	59
3. ROL: 4129-2022 - RECURSO DE AMPARO - TRIBUNAL: CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO.	60
4. ROL: 10335-2017 – RECURSO DE NULIDAD - TRIBUNAL: CORTE SUPREMA.....	61

5. ROL: 18532-2022 – APELACIÓN DE RECURSO DE AMPARO - TRIBUNAL: CORTE SUPREMA.....	65
6. ROL: 8548-2022 – APELACIÓN RECURSO DE AMPARO - TRIBUNAL: CORTE SUPREMA.....	69
7. ROL: 41757-2021 – RECURSO DE NULIDAD - TRIBUNAL: CORTE SUPREMA.....	73
8. ROL: 82407-2021 – APELACIÓN RECURSO DE AMPARO - TRIBUNAL: CORTE SUPREMA.....	77
9. ROL: 38983-2021 – RECURSO DE NULIDAD – TRIBUNAL: CORTE SUPREMA.....	80
10. ROL: 30285-2021– APELACIÓN RECURSO DE AMPARO - TRIBUNAL: CORTE SUPREMA.....	84
Capítulo V. Conclusiones.....	89
<input type="checkbox"/> Bibliografía.....	93

Resumen y palabras claves:

La presente investigación consiste en un análisis general de las penas sustitutivas en Chile y parte del mundo, como lo es en España, Alemania e Inglaterra, con distinciones en fechas y eventos más importantes que han marcado este tipo de penas en el país y los otros ya enunciados.

Parte el contenido con un análisis filosófica – criminal sobre el fundamento de las teorías de la retribución y prevención criminal.

Posteriormente, un análisis acabado de las penas sustitutivas en Chile, para continuar en normativa y eventos más relevantes en países Europeos como España, Inglaterra y Alemania.

Finalmente se analizan 10 fallos emanadas de la excelentísima Corte Suprema y la Ilustrísima Corte de Apelaciones, sobre diferentes materias y acciones como apelaciones, amparos y nulidades en relación a un elemento principal que son las penas sustitutivas.

Palabras claves: Penas Sustitutivas - Reinserción social – Resocialización - Penas alternativas.

Introducción.

Las penas sustitutivas, se han sostenido en el tiempo sobre antecedentes positivos y negativos. Desde una perspectiva negativa se fundamentaban en las penas privativas de poca duración que como consecuencia producían un daño a la salud del condenado y especialmente entorno a la capacidad disociativas importantes que influirían negativamente en la reinserción social y, en consecuencia, en la eventual reincidencia en el delito (políticas criminales que se mantienen hasta la actualidad). Por ejemplo, en la década de los 70, existían varias jurisdicciones con altas tasas de encarcelamiento, malas condiciones de los recintos penitenciarios y de altos gastos en el financiamiento, agregándose cuestionamientos a los resultados de los “programas de tratamiento intracarcelarios” con la crítica de que “nada funciona” (*nothing works*) en el orden de cuestionar la eficacia de las penas de prisión, y buscar alternativas que pudieren traer mejores resultados en materia de reincidencia del condenado.¹

Desde otro punto de vista positivo, las penas alternativas se basaron en busca respuestas más humanas apegadas a la perspectiva utilitarista para la reinserción social. En la actualidad, y bajo una lógica de expansión, esos argumentos se mantienen en el país, fundamentalmente en materia de reinserción, de la mano del movimiento “qué funciona” (*what works*). Frente a esto, han surgido los argumentos en busca de mayor costo-efectividad, que sugieren desde la perspectiva de la eficiencia económica, que las penas alternativas serían más beneficiosas y menos costosas. Se cree que las penas alternativas han permitido que la víctima del delito ha recuperado un nuevo espacio que antes tenía, recobrando su sitial en el conflicto penal, a través de mecanismos como la compensación y la reparación, reconocidos en algunas legislaciones como sanciones principales o accesorias, que en definitiva buscan otorgar mayores satisfacciones o resarcir a la víctima, buscando una

¹ SALINERO ECHEVERRÍA, Sebastián, MORALES PEILLARD, Ana María, & CASTRO MORALES, Álvaro. Análisis comparado y crítico de las alternativas a las penas privativas de libertad. La experiencia española, inglesa y alemana. Ibidem. pág. 70

especie o alternativa para la reparación al daño causado, así mismo con penas como las de la prohibición de acercarse o alejarse de la víctima.²

Si bien, en sus inicios las penas alternativas fueron concebidas como un sistema subrogatorio o sustitutivo de las penas privativas de libertad de corto tiempo, actualmente son reconocidas como un sistema para tratar efectivamente la baja y mediana delincuencia.³

El término “penas alternativas”, es utilizado para identificar cualquier sanción que no sea la de privación de la libertad. Si bien algunos autores utilizan el término genérico de “alternativas a la prisión”, el concepto es bastante amplio, en la medida que no sólo cubre el espectro sancionatorio, sino que considera otras alternativas diferentes que puedan imponerse durante el proceso penal, como la prisión preventiva o algunos mecanismos de apoyo a la comunidad. Otros autores prefieren el término “penas no privativas de libertad”⁴ o “penas o sanciones comunitarias” (utilizada por la legislación inglesa)⁵, concepto que puede pertenecer al grupo antes señalado de penas, ya que todas estas penas de cárcel reemplazan otras sanciones o castigos.⁶ Como puede observarse, no es fácil identificar con una sola nomenclatura en el ordenamiento jurídico global a las penas sustitutivas.

Por otro lado, en relación a los orígenes de las penas alternativas, dentro de la literatura o doctrina criminológica existe transversalmente influencia de la influencia del “Programa de Marburgo de 1882” del jurista alemán Franz Ritter Von Liszt, quien trabajó intensamente por la eliminación de las penas privativas de tiempos acotados y por la necesidad de potencializar penas alternativas, Por otra parte, Cesare

² SALINERO ECHEVERRÍA, Sebastián, MORALES PEILLARD, Ana María, & CASTRO MORALES, Álvaro. Análisis comparado y crítico de las alternativas a las penas privativas de libertad. La experiencia española, inglesa y alemana. Ibidem. pág. 70

³ SALINERO ECHEVERRÍA, Sebastián, MORALES PEILLARD, Ana María, & CASTRO MORALES, Álvaro. Análisis comparado y crítico de las alternativas a las penas privativas de libertad. La experiencia española, inglesa y alemana. Ibidem. pág. 70

⁴ CID MOLINÉ, José. “Penas no privativas de libertad en la Ley Orgánica 15/2003 (especial mención a: trabajo en beneficio de la comunidad y prohibición de acercamiento)”. Revista de derecho y proceso penal N° 12, pp. 215-234. 2004.

⁵ RAYNOR, Peter. “Community penalties, probation, and offender management”, En: MAGUIRE, Mike; MORGAN, Rod; REINER, Robert (Eds.), *The Oxford handbook of Criminology*, 5a ed., Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 928; BOTTOMS, Anthony; GELSTHORPE, Lorraine; REX, Susan, *Community penalties. Change and Challenges*. Oxon: Willan, 2001, p.1; REX, Susan. *Reforming Community Penalties*, Cullompton: Willan, 2005, p. 1.

⁶ SALINERO ECHEVERRÍA, Sebastián, MORALES PEILLARD, Ana María, & CASTRO MORALES, Álvaro. Análisis comparado y crítico de las alternativas a las penas privativas de libertad. La experiencia española, inglesa y alemana. Política criminal, 12(24), Páginas 786-864. 2017. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992017000200786>

Beccaria argumentaba la necesidad de obtener penas en favor del carácter humanitario y utilitario, a favor de la idea que la pena que se imponga sean lo menos gravosa, de manera de respetar los derechos del condenado, promover su reinserción social y evitar la reincidencia futura, entendiendo que si las penas no son eficaces y útiles, pierden su sentido⁷.

Otro valor importante en la historia de la literatura, sobre las penas sustitutivas radica en la práctica de la *probation*, surgida en Boston, Estados Unidos, a partir del trabajo de supervisión desarrollado por *Augustus* y su primera regulación en el estado de Massachusetts en 1878.⁸

Indagando en lo más antiguo del tema, encontramos prácticas que datan del Derecho Romano e incluso La ley del Talión, que permitían la composición entre el ofensor y ofendido, e implicaban un pago o una indemnización con el objeto de oponerse a una solución violenta, la que operaba de forma subrogatoria con el objeto de evitar la aplicación de la ley⁹.

En la actualidad del país, las penas alternativas o sustitutivas que trataron la Ley N°18.216 y Ley N°20.603, han pasado por diversas concepciones y discusiones legales, junto con varios problemas en su implementación. Todo ello y más contenido relevante se revisará en la presente investigación y en los capítulos siguientes, todo en búsqueda de ilustrar y aportar al derecho chileno en búsqueda de mejoras en la práctica de las penas sustitutas y generar certeza para obtener un mejor futuro como sociedad.

⁷ SALINERO ECHEVERRÍA, Sebastián, MORALES PEILLARD, Ana María, & CASTRO MORALES, Álvaro. Análisis comparado y crítico de las alternativas a las penas privativas de libertad. La experiencia española, inglesa y alemana. *Política criminal*, 12(24), Páginas 786-864. 2017. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992017000200786>

⁸ ABADINSKY, Howard. *Probation and parole: Theory and practice*. New Jersey: Prentice-Hall, 1997, p. 24; PETERSILIA, Joan. "Probation in the United States", *Crime and Justice*", Vol. 22, N° 46. 1997.

⁹ SALINERO ECHEVERRÍA, Sebastián, MORALES PEILLARD, Ana María, & CASTRO MORALES, Álvaro. Análisis comparado y crítico de las alternativas a las penas privativas de libertad. La experiencia española, inglesa y alemana. *Ibidem*.

Capítulo I. Sobre la teoría de la prevención y Teoría de la retribución criminal.

Antes de entrar a revisar las normas jurídicas que tienen relación a las penas sustitutivas, se considera necesario como antesala a ello, conocer un poco del fundamento desde teorías de la pena del derecho penal, que tienen una cercana relación con las penas sustitutivas, estas teorías son la prevención y retribución, tratadas ampliamente por la doctrina nacional e internacional, de las que a continuación se exponen brevemente lo más esencial de ello y que tienen vínculos con la ley 18.216 y las modificaciones que hizo la ley 20.603 que revisaremos posteriormente.

1. Sobre la teoría de la prevención.

La teoría de la prevención, desde el punto de vista del derecho penal, se remonta a los inicios de la historia del derecho, Platón indicaba: “*nemo prudens punit, quia peccatum est, sed ne peccet*”; “ningún hombre prudente pena porque se ha pecado, sino para que no se peque”, Por tanto, esta encuentra su fundamento y fin en la disuasión futura de una infracción penal.¹⁰ Las teorías de la prevención se pueden dividir en teorías de la prevención general y teorías de la prevención especial.

Las teorías de la prevención general: En resumen, buscan obtener el fin de la pena en la intimidación de la generalidad de la comunidad, para que se aparten de la comisión de delitos. Su principal representante fue el penalista alemán de principios de siglo XIX, Feuerbach. Para él, la finalidad de la imposición de una pena reside en la fundamentación de la efectividad de la amenaza penal, ya que sin esta amenaza no sería efectiva. Dado que la ley debe producir un efecto intimidante a todos los ciudadanos, pero la ejecución debe dar efecto a la ley. Entonces la pena es como una “coacción psicológica” que se ejercía en todos los ciudadanos para

¹⁰ CARDENAS, Marco Ruiz. Las teorías de la pena y su aplicación en el Código Penal. Derecho & Cambio Social. 2022. [Fecha de consulta: 26 de mayo de 2022] Disponible en: https://www.derechocambiosocial.com/revista002/pena.htm#_ednref12

que omitieran y no caigan en la comisión de delitos¹¹. Sostenía que las contravenciones a la ley estaban motivadas por el apetito del hombre que se ve impulsado a la comisión de delitos por el placer en la acción. Siendo así, el Estado debe intervenir de manera que la amenaza de la pena tuviera una función disuasiva, en el sentido de que aquel individuo que tuviera tendencias a comportarse de una manera contraria al derecho se viera impedido psicológicamente de motivarse según dichas tendencias al verse expuesto a la amenaza de un mal mayor¹².

Mir Puig, al referirse a los fines preventivos que debe tener la pena en un Estado social y democrático, lo hace efectivo cuando expresa que no puede renunciarse a la misión de “incidir activamente en la lucha contra la delincuencia”, que para alcanzar dicho objetivo señala algunas formas para su consecución, entre ellas la tendencia a la prevención de delito¹³.

El alemán Günther Jakobs, como prevencionista, creía que la infracción a la norma era una desautorización de la norma que regula un conflicto social. Por tanto, la pena sería la réplica ante una infracción de la norma ejecutada a consta de su infractor¹⁴. Para él la función de la pena consiste en estabilizar la expectativa normativa que los ciudadanos que practican y respetaban el Derecho pueda verse reflejada en la vigencia de la norma quebrantada por el delincuente, por tanto, en el momento en que castigamos al autor de un delito, se confirma la vigencia de la norma quebrantada. Así, la pena ayuda a la mantención de la norma como un motivo de orientación de conducta idóneo¹⁵. Indicaba que *“Sin el conocimiento necesario para orientarse en el mundo nadie puede vivir metódicamente; el esforzarse suficientemente por conseguir este conocimiento viene ya garantizado por el hecho de que en caso contrario amenaza producirse un fracaso vital como*

¹¹ CARDENAS, Marco Ruiz. Las teorías de la pena y su aplicación en el Código Penal. Derecho & Cambio Social. 2022. Disponible en: https://www.derechoycambiosocial.com/revista002/pena.htm#_ednref12

¹² SANTA MARÍA, Daniela y AVALOS, Valentina. Análisis crítico de la ley 18.216 a la luz de la teoría de la pena. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Departamento de Ciencias penales. 2028. Disponible en: <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/152736>

¹³SANTA MARÍA, Daniela y AVALOS, Valentina. Análisis crítico de la ley 18.216 a la luz de la teoría de la pena. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Departamento de Ciencias penales. 2028. Disponible en: <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/152736>

¹⁴ JAKOBS, Günther. Derecho Penal Parte General, Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 13.

¹⁵ JAKOBS, Günther. Derecho Penal Parte General, Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 9 - 19.

*poena naturalis. A la disposición de observar la norma le falta una garantía <<natural>> de ese tipo; tal es el motivo de que sea necesaria una pena.”*¹⁶

Por otro lado, las teorías de la prevención especial, apuntan al fin de la pena, en apartar a la persona que ya ha delinquido de la comisión de futuros delitos, esto a través de su corrección o intimidación, o neutralizándolo socialmente, apartándolo de la vida social estando privado de libertad. Su principal representante fue el penalista alemán, Franz Von Liszt, que consideraba al delincuente como el objeto central del Derecho Penal, y a la pena como una institución que se dirige a su corrección, intimidación o aseguramiento. El delincuente no debe volver a delinquir, para ello se hace necesario observar una triple dimensión de la pena: intimidación, resocialización e inocuización. Fundamenta la intimidación en el sentido que debe estar dirigida al delincuente como un aviso o advertencia de la sanción que puede ser objeto al cometer un acto atribuido como delito. Luego, fundamenta la resocialización, en que el delincuente es susceptible de corrección y rehabilitación mediante la educación durante el tiempo que cumple la sanción y por último precisa que la inocuización está dirigida a la anulación del delincuente habitual, con una sanción penal por tiempo indeterminado e incluso la más grave, la pena de muerte¹⁷.

Por otra parte, Claus Roxin, señalaba que *“La idea de prevención especial tampoco posibilita delimitación temporal alguna de la intervención estatal mediante penas fijas, sino que consecuentemente debería perseguir un tratamiento hasta que se dé la definitiva corrección, incluso aunque su duración sea indefinida”*... *“es cierto que la idea de la corrección indica un fin de la pena, pero de ningún modo que contenga en sí misma la justificación de ese fin, como creen la mayoría de los partidarios de esta teoría”*¹⁸. En este apartado, Roxin se refiere a la necesidad que el Estado intervenga dentro de la voluntad y el ser interno de los individuos, cuando es

¹⁶ Ibidem, pág. 11.

¹⁷ CARDENAS, Marco Ruiz. Las teorías de la pena y su aplicación en el Código Penal. Derecho & Cambio Social. 2022. Disponible en: https://www.derechoycambiosocial.com/revista002/pena.htm#_ednref12

¹⁸ ROXIN, Claus. “Problemas Básicos del Derecho Penal”. Reus, S.A, 1976, pág. 16.

necesario hacerlo, debiendo de educarlo y someterlo a tratamientos resocializadores de su voluntad si es necesario¹⁹.

2. Sobre Teorías de la retribución.

Sobre esta teoría, es considerada como un medio para obtener, retribuir, o compensar la culpabilidad del autor a través de su imposición. Es considerada como una teoría absoluta, sin clasificarla porque tiene una finalidad independiente, “desvinculado” de su efecto social (*lat. absolutus = desvinculado*).²⁰

De acuerdo a la teoría de la retribución, el sentido de la pena radica en que la culpabilidad del autor sea compensada mediante la imposición de un mal penal, de esta manera el sentido de la imposición de la pena no se encuentra sometido a la búsqueda de fines ulteriores, sino que lleva consigo la realización de la idea de justicia. De esta manera la pena lleva en sí misma su fin²¹. Su carácter absoluto se debe por los fines netamente de la justicia en que debe imperar, en este sentido, la teoría retributiva guarda estrecha relación con el principio de proporcionalidad: “...*dado que la culpabilidad aquí no solo es el fundamento de la pena sino también su medida. De forma tal que el castigo penal no puede, por principio, exceder la intensidad del reproche.*”²²

El profesor Juan Pablo Mañalich, plantea que “... *el restablecimiento de la norma quebrantada es, antes bien, lo que la punición realiza por sí misma... ... el fin de la pena, entendido como restablecimiento de la autoridad del derecho mediante la retribución del hecho culpable, es necesariamente alcanzado con la ejecución de la pena, de modo que no puede haber fin de la pena alguno que trascienda su ejecución*”²³. El profesor Mañalich, considera *la legitimidad del reproche penal no depende inmediatamente de las cualidades moralmente sustantivas del comportamiento, sino que, de la legitimidad de la norma infringida, la cual a su vez está determinada por su forma de producción legal; es decir, el fundamento del*

¹⁹SANTA MARÍA, Daniela y AVALOS, Valentina. Análisis crítico de la ley 18.216 a la luz de la teoría de la pena”. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Departamento de Ciencias penales. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. 2028. Disponible en: <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/152736>

²⁰Ibidem. SANTA MARÍA, Daniela y AVALOS, Valentina.

²¹ROXIN, Claus. “Problemas Básicos del Derecho Penal”. Reus, S.A, 1976, pág. 12.

²²DURÁN, Mario. “Teorías absolutas de la pena: Origen y fundamentos. Conceptos y críticas fundamentales a la teoría de la retribución moral de Immanuel Kant a propósito del neo-retribucionismo y del neo-proporcionalismo en el Derecho penal actual.” Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-43602011000100009

²³MAÑALICH, Juan Pablo. “Retribución como Coacción Punitiva”, Derecho y Humanidades 16, vol. I, 2010. Pag.49-67.

*reproche se encuentra en la contradicción formal de una norma democráticamente generada.*²⁴

Por tanto, habría que revisar si acaso las penas previstas por la ley 18.216 cumplen o no con esta finalidad de expresar un reproche por un comportamiento incorrecto que resulta imputable como acción culpable y si acaso esa expresión de reproche resulta adecuada a la envergadura del delito cometido, pues si abandonamos la idea de que la pena pueda ser justificada desde una perspectiva prevencionista, aceptando la tesis planteada por Mañalich de la irrelevancia punitiva de la prevención, por cuanto las teorías prevencionistas resultan incapaces de explicar en qué medida el delito puede constituirse en un presupuesto necesario de la imposición de la pena, sin pasar a constituir su razón jurídica, por lo que si una ley como esta, con sus penas sustitutivas, puede justificarse en términos puramente retributivos²⁵.

²⁴ MAÑALICH, Juan Pablo. "Igualmente: Mañalich", 2005, pág. 65 y ss.

²⁵SANTA MARÍA, Daniela y AVALOS, Valentina. Ibidem.

Capítulo II. Fundamentos en el marco de las penas sustitutivas en Chile.

1. Historia de las penas sustitutivas en la legislación chilena.

Dentro del ordenamiento jurídico en Chile, como primer antecedente, encontramos un Decreto del Ministerio de Justicia dictado en el año 1906 y que contempla la suspensión de las condenas privativas de libertad inferiores a 60 días.²⁶

Asimismo, en el año 1907, el Código de Procedimiento Penal, establecía, en su Artículo 564 que: *“Si resultare mérito para condenar por faltas a un reo contra quién nunca se hubiese pronunciado condenación, el juez le impondrá la pena que corresponda; pero si aparecieren antecedentes favorables, podrá dejarla en suspenso hasta por tres años, declarándolo en la sentencia misma, y apercibiendo al reo para que se enmiende.”* Y en su inciso segundo agregaba: *“Si dentro de ese plazo reincidiere, el fallo que se dicte en el segundo proceso lo condenará a cumplir la pena suspendida y la que corresponda a la nueva falta, simple delito o crimen de que se le juzgue culpable”*.

Durante las décadas de 1920 a 1940, motivado por el ideario prevencionista imperante en la época, se legisló acerca de la libertad condicional y mecanismos de rehabilitación y reinserción de las personas condenadas por delitos, la primera ley promulgada que otorgó la posibilidad que una persona condenada pueda cumplir la pena desde un régimen privado de libertad a un régimen abierto es del año 1944, con la ley N°7.821 que “dispone que los tribunales podrán suspender la ejecución de la sanción que imponga la sentencia condenatoria, cuando concurren los requisitos que se indican”, este fue la primera norma jurídica que consagro las conocidas actualmente como “medidas alternativas o sustitutivas a la privación de libertad”, a través del mecanismo de la remisión condicional. En aquel entonces, la remisión condicional tenía tres requisitos contenidos en el artículo 1º, estos consistían en:

²⁶ DE LA JARA, Daniela. “Medidas alternativas a la Prisión en el Contexto de un Estado Democrático de Derecho.”, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Departamento de Ciencias penales. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. 2014. Disponible en: <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/129836>

- a. Que la sentencia aplique una pena restrictiva o privativa de la libertad que no exceda de un año.
- b. Que el reo no haya sido condenado anteriormente por crimen o simple delito.
- c. Que los antecedentes personales del reo y su conducta anterior, la naturaleza, modalidades y móviles determinantes del delito permitan presumir que no volverá a delinquir.

Las condiciones que debía cumplir el condenado estaban señaladas en el artículo 2, el cual exigía:

- a. Residencia en un lugar determinado, que podrá ser propuesto por el reo;
- b. Sujeción a la vigilancia de alguno de los patronatos de reos, debiendo observar las normas de conducta que éste imparta;
- c. Adoptar en un plazo fijo, que determinará el tribunal, profesión, oficio, empleo, arte, industria o comercio, si el reo no tiene medios conocidos y honestos de subsistencias, y
- d. Satisfacer la responsabilidad civil, costas y multas impuestas por la sentencia. No obstante, el Tribunal, en caso de impedimento justificado, podrá acordar este beneficio, aunque no se satisfagan la responsabilidad civil, costas y multas, sin perjuicio de que se hagan efectivas en conformidad a las reglas generales.

Posteriormente, la Ley N° 17.642 modificó aspectos importantes de la remisión condicional, ampliando el plazo máximo de condena para ser susceptible de acceder a esta (originalmente de un año) hasta tres, y fijando como período de observación el doble del tiempo de la condena original, sin que pueda ser inferior a un año ni superior a cinco.²⁷

En este contexto de adecuación a las nuevas necesidades de la sociedad contemporánea, la criminología, y los tratados y convenciones internacionales, surge en el año 1983, la Ley N° 18.216 que establece penas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad. Se trata de un perfeccionamiento y definir

²⁷ Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la Ley N° 18.216, 1985. Disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadelaLEY/nc/historia-de-la-ley/7584/>

correctamente una normativa sobre reinserción en el país, y asumir los problemas que surgen por penas privativas de libertad de corto o breve tiempo, como por ejemplo la interrupción del ejercicio laboral, la separación y el desamparo de la familia del reo, el contacto criminógeno del delincuente primario, la superpoblación penitenciaria y, por supuesto, el factor humano y el prejuicio, estigma y perjuicio que recaen sobre las personas condenadas por penas efectivas, que una vez en libertad y cumplidas las condenas le son muy difícil de borrar y subsanar. En resumen, esta ley modificó la regulación del mecanismo de la remisión condicional, e introduce al sistema de ejecución de penas privativas o restrictivas de libertad dos nuevas formas de cumplimiento alternativo, denominadas reclusión parcial y la libertad vigilada.²⁸

Muchos años después, en el año 2012, después de un largo tiempo de inamovilidad en torno a las penas sustitutivas y juntos a las reformas al derecho procesal penal, la Ley N°18.216 tiene importantes modificaciones a través de la promulgación de la Ley N°20.603. Esta reforma busca destacar y expandir el carácter resocializador de la regulación de las medidas sustitutivas, dejando de lado la idea de entender estas instituciones jurídicas como simples “beneficios”, resaltando su carácter de penas. Es así como dicha reforma legal cambia el enunciado de la Ley N°18.216 de la expresión penas “alternativas” a “sustitutivas”.

Dentro de las principales modificaciones introducidas por la Ley N°20.603 podemos mencionar:

- a. Se mantienen la remisión condicional, la reclusión nocturna y la libertad vigilada, y se agregan la expulsión para el caso de extranjeros y la prestación de servicios en beneficio de la comunidad.
- b. Se altera el régimen de ejecución de las penas privativas de libertad mayores de cinco años y un día: se crea la modalidad de la libertad vigilada intensiva (pena mixta), que permite adelantar la salida del reo al medio libre en plazos menores que los establecidos para la libertad condicional.

²⁸ Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la Ley N° 18.216, 1985. Disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadelaLEY/nc/historia-de-la-ley/7584/>

- c. Se introducen nuevas tecnologías para el control de la reclusión nocturna y la libertad vigilada (monitoreo telemático). Se establece la procedencia general del abono del tiempo cumplido de condena en modalidad sustitutiva en caso de revocación.
- d. Se modifican distintos aspectos relacionados con la sujeción a vigilancia y el control del cumplimiento de las penas sustitutivas: se aumenta la dotación de delegados de libertad vigilada y se crea un nuevo delegado para la prestación de servicios; también se establece la realización de audiencias obligatorias de control de las libertades vigiladas y libertades vigiladas intensivas, entre otros.²⁹

2. Régimen actual de penas sustitutivas y sus modalidades.

Actualmente, la Ley 18.216 que establece penas que indica como sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad, señala en el artículo 1° que la ejecución de las penas privativas o restrictivas de libertad podrán sustituirse por el tribunal, por alguna de las siguientes penas:

- a) Remisión condicional.
- b) Reclusión parcial.
- c) Libertad vigilada.
- d) Libertad vigilada intensiva.
- e) Expulsión, en el caso señalado en el artículo 34.
- f) Prestación de servicios en beneficio de la comunidad.

3. Naturaleza jurídica de las penas sustitutivas.

Sobre la Naturaleza Jurídica de las penas sustitutivas, en la doctrina nacional han surgidas diversas opiniones al respecto, por ejemplo el profesor Labatut, considera que perspectiva de gracias o beneficio de la remisión condicional de la pena,

²⁹ Ibidem. GRAMSCH, Sebastián y ROSAS, José.

comparándola con el perdón, constituyendo una facultad de los jueces una vez que se ha determinado la culpabilidad del enjuiciamiento sobre la pena que se ha fijado en la ley, todo esto en relación a circunstancias del todo excepcionales y que concurren en casos particulares (perdón judicial). Incluso señala que la remisión por su propia naturaleza es una institución destinada a servir de sustituto del indulto, llamada a figurar entre las causales de extinción de la responsabilidad pena³⁰.

Sin embargo, otros autores consagrados en el país en la materia, como por ejemplo los profesores Garrido Montt, Cury, Novoa o Etcheberry, entre otros, Consideran que no es posible y niegan alternativas de que sean concebidas como una especie de gracia, dándole un carácter netamente punitivo, esto aun cuando efectúan diferencias entre las distintas tipologías que se encuentran en la Ley 18.216³¹.

Por ejemplo, sobre la pena sustitutiva de remisión condicional la pena, la mayoría de la doctrina nacional de la época están de acuerdo con darle una naturaleza suspensiva de la pena privativa de libertad, concibiéndola como una medida por el cual la pena en suspenso y en situación de ser remitida si el condenado cumple con las condiciones que le han sido fijadas para el período de prueba³². La diferencia principal se encuentra en Cury, el cual considera que la remisión cumple más bien fines de carácter tutelar, por cuanto la pena remitida no se ejecuta y es sustituida tan solo por medidas de observación y asistencia del condenado³³.

Por otra parte, el profesor Etcheberry, comparte, al considerar que la libertad vigilada tiene un carácter suspensivo de la pena privativa o restrictiva de libertad, quedando sujeto el condenado a la custodia de un delegado cuyas funciones se equiparan a las del oficial de prueba anglosajón³⁴. De esta forma, su función no queda restringida a labores de vigilancia como en el caso de remisión, sino también

³⁰ LABATUT, Gustavo, Derecho Penal, Parte General, Tomo I. Editorial Jurídica de Chile, Pag.319. 1992. Santiago,

³¹ MORALES, Ana María y SALINEROS, Sebastián. Fundamento Político-Criminal y Naturaleza Jurídica de las Penas Alternativas en Chile. Revista Chilena de Derecho vol.47 n°2, Santiago, 2020. Disponible en: https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372020000200513&script=sci_arttext

³² NOVOA, Eduardo, Curso de Derecho Penal Chileno, Parte General. Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición, pág. 322. 2010. Santiago,

³³ CURY, Enrique. Derecho Penal. Parte General, Ediciones Universidad Católica de Chile, octava edición, Pág. 730. 2005. Santiago.

³⁴ Ibidem. MORALES, Ana María y SALINEROS, Sebastián. Fundamento Político-Criminal y Naturaleza Jurídica de las Penas Alternativas en Chile.

dirigidas a la resocialización del sujeto, imponiéndose obligaciones al régimen de observación más estrictas.³⁵

En relación a lo anterior, gran parte de la doctrina nacional de la época, consideran que tienen el carácter de beneficio o medida, desechando la consideración de pena. Por ejemplo, la reclusión nocturna, niegan que tenga una naturaleza de suspensión de la pena privativa o restrictiva de libertad, sino más bien sería una modalidad de su cumplimiento, que sería claramente más beneficiosa³⁶.

El profesor Politoff, hace una separación entre las medidas relativas a la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, y las penas alternativas a la prisión propiamente tales. Las últimas corresponderían a penas principales excluyentes de la prisión para los casos de mediana y baja gravedad, de modo que su imposición no sería condición para no cumplir una pena privativa de libertad ni su incumplimiento se encontraría amenazado con la imposición de la pena privativa de libertad suspendida condicionalmente; caso en que se encontraría la pena de reclusión nocturna³⁷.

Tomando unas conclusiones de lo visto, es posible apreciar que la antigua ley de penas sustitutivas, existían una variedad de opiniones sobre la naturaleza jurídica de las alternativas en cuanto a su configuración como beneficio o pena alternativa. Ahora, bien existió un consenso en torno a concebir a la remisión condicional y a la libertad vigilada como medidas que operan bajo una suspensión, no existe claridad respecto a lo que corresponde con la reclusión nocturna, algunos la entendían como una pena alternativa y otros como una especie de modalidad distinta de cumplimiento de la pena privativa de la libertad³⁸. La cual el profesor Jean Pierre Matus, señalaba que resultaba *“equivoco englobar bajo el epígrafe de “medidas alternativas” a instituciones de distinta naturaleza. Así, más allá de lo expuesto por los citados autores, resulta plausible argumentar que la remisión condicional de la pena y la libertad vigilada constituían bajo la antigua regulación, fórmulas de*

³⁵ ETCHEBERRY, Alfredo. Derecho Penal. Parte General, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición. Pág. 201 y siguientes. 1997, Santiago,

³⁶ GARRIDO, Mario. Derecho penal. Parte General, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, Pág. 363. 2007, Santiago,

³⁷ POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; y, RAMÍREZ, María Cecilia. Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte General, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, Pág. 543 y siguientes. 2003. Santiago.

³⁸ Ibidem. MORALES, Ana María y SALINEROS, Sebastián. Fundamento Político-Criminal y Naturaleza Jurídica de las Penas Alternativas en Chile.

*suspensión condicional de pena, mientras que la reclusión nocturna constituía, en esencia, una pena sustitutiva.*³⁹ Por tanto, la diferencia radica en que la suspensión “paraliza” la sanción original, mientras que la sustitución la “subroga”, lo que en términos prácticos genera importantes diferencias, en lo que a consecuencias jurídicas para el penado se refiere⁴⁰.

En la actualidad, posterior a la reforma procesal penal del año 2000, en adelante para algunos autores, la naturaleza jurídica de estas penas (al igual que como era antes de la reforma), correspondería a una combinación de fórmulas de suspensión (en el caso de la remisión condicional y la libertad vigilada) y de sustitución (tratándose de la reclusión parcial y agregándose en este último caso, los servicios en beneficio de la comunidad), argumentando que el cambio en la nomenclatura sería solamente simbólica, con el objetivo de hacer presente que no se está frente a un llamado “perdonazo” al sujeto infractor de ley⁴¹.

Otras autoras como por ejemplo Tatiana Vargas, señala que se trata de una pena de distinta naturaleza que las privativas o restrictivas de libertad, que afectaría más concretamente otros derechos (los cuales no identifican)⁴².

A su vez, otros autores como Jorge Bofill, argumentan que, se tratarían de “penas sustitutivas” tal como su nombre lo indica⁴³, se cree que en el ámbito práctico la pena privativa o restrictiva originalmente impuesta es reemplazada por completo, reconociéndose como consecuencia jurídica del delito a la nueva pena sustitutiva. Así, se comprende que el mecanismo de la sustitución de las penas privativas de la libertad supone que no se ejecuta la pena privativa o restrictiva de libertad original, sino que en su lugar se ejecuta otra pena –sustitutiva– que reemplaza o subroga a la original, Por tanto, sería lógico creer que la sustitución sería una pena en sí misma⁴⁴.

³⁹ POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; y, RAMÍREZ, María Cecilia. Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte General, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, Pág. 187. 2003. Santiago.

⁴⁰ Ibidem. MORALES, Ana María y SALINEROS, Sebastián.

⁴¹ Ibidem. MORALES, Ana María y SALINEROS, Sebastián.

⁴² VARGAS, Tatiana. Manual práctico de aplicación de la pena. La pena con preguntas y Respuestas, LegalPublishing. 2014, Santiago.

⁴³ BOFILL, Jorge. Informe en derecho sobre constitucionalidad y/o legalidad de la pena en hipótesis de incumplimiento de acuerdo a las indicaciones de la Ley 18.216, encargado por el Ministerio de Justicia. Santiago, 2011

⁴⁴ Ibidem. MORALES, Ana María y SALINEROS, Sebastián.

En ese sentido, los profesores Ana María Morales Peillard y Sebastián Salinero Echeverría, indican que *“vale la pena acentuar que el reconocimiento del carácter de pena supone en la práctica un padecimiento gravoso para quien la recibe. Así, en palabras de cualquier tratadista, la pena implica per se un sufrimiento o un mal para quien la soporta e importa una lesión para los derechos del condenado. Estos componentes antes descritos que singularizan el cuerpo troncal de cualquier pena, también los encontramos en las penas sustitutivas porque, con mayor o menor intensidad, son un mal que implican una afectación a derechos fundamentales”*.⁴⁵

Por su parte, el profesor de la Universidad de Cambridge Andreas Von Hirsch, plantea que la maldad de los sujetos dentro de una sociedad tiene relación directa por la severidad de cada pena asignada, la que a su vez debe ser determinada dependiendo de la afectación al estándar de vida de una persona. Por tanto, para determinar concretamente, se debería precisar el grado de impacto de la pena dentro de su nivel de vida de cada persona que ha sido condenada, desde esta perspectiva se puede obtener una aproximación analizando en qué medida de pena afecta la libertad ambulatoria, la capacidad de ganarse la vida, entre otros criterios planteados por el autor⁴⁶.

De esta forma, para afirmar que estamos frente a una pena, resulta importante preguntarse cuál es la afectación al estándar de vida de cada pena o más precisamente qué derechos se ven afectados con su imposición; por ejemplo: la remisión condicional, constituye la pena más benigna de las sustitutivas, sin embargo, igualmente importa una afectación del derecho del sujeto en cuanto a su libertad, porque su residencia queda condicionada a un lugar determinado y controlado por la autoridad; encontrándose además en la obligación de ejercer una profesión, oficio o empleo; y quedando sujeto al control y asistencia por el periodo que determine la autoridad penitenciaria⁴⁷.

Otro caso sobre la prestación de servicios en beneficio de la comunidad, los derechos afectados radican en la libertad ambulatoria, porque el individuo debe

⁴⁵ Ibidem. MORALES, Ana María y SALINEROS, Sebastián.

⁴⁶ VON HIRSCH, Andrew. *Censure and Sanctions* (Oxford, Clarendon Press). Washington State Institute for Public Policy (WSIPP) (2019): *Cost benefit, adult criminal justice*. Pág. 102 y siguiente. Disponible en <https://www.wsipp.wa.gov/BenefitCost?topicId=2>.

⁴⁷ Ibidem. MORALES, Ana María y SALINEROS, Sebastián.

concurrir al lugar o institución donde debe prestar sus servicios bajo cierta periodicidad y extensión de la pena fijada en la sentencia y en la modalidad que determine el delegado de servicios en beneficio de la comunidad; junto con afectar el derecho a la libre elección del trabajo con una justa retribución⁴⁸.

En cuanto a la reclusión parcial, constituye derechamente una pena privativa de libertad de carácter temporal o parcial, afectando la libertad ambulatoria del condenado, ejecutándose en su domicilio bajo un control de un dispositivo de monitoreo telemático, también puede incluir una afectación al derecho de la intimidad y la honra, al ventilar y exhibir el aparato electrónico que ejerce el control al dar a conocer a la sociedad la condición de condenado sin ningún tipo de camuflaje o encubrimiento⁴⁹.

Sobre la libertad vigilada, corresponde a una pena que afecta directamente la facultad de auto determinación y lesionando, transgrediendo esencialmente la libertad ambulatoria, porque condicionada la residencia del sujeto condenado incluyendo además la supervisión y vigilancia a un funcionario penitenciario de la institución de Gendarmería de Chile, quien tiene la facultad de proponer al tribunal de garantía un plan de intervención, normas de conducta e instrucciones en el actuar del condenado. También, afecta la libertad de elección del trabajo bajo una justa retribución porque puede ser obligado a ejercer un oficio o empleo, bajo modalidades que se determinen en su intervención individualizada. Además, cuando se intensifica esta pena se pueden decretar una serie de condiciones obligatorias y determinantes para el penado que afectan su libertad ambulatoria, prohibiendo dirigirse a lugares determinados hasta la obligación de cumplir programas formativos, laborales, educacionales, sexuales, de tratamiento de la violencia, etc. A lo cual también se puede incluir el control de monitoreo telemático⁵⁰. En cuanto a la pena de expulsión de personas de nacionalidad extranjera, constituye una pena restrictiva de libertad, afectando la libertad ambulatoria, toda vez que impide al condenado residir y circular libremente en el país. Sin embargo, para

⁴⁸ Ibidem. MORALES, Ana María y SALINEROS, Sebastián.

⁴⁹ MORALES, Ana María. "Vigilancia en la modernidad tardía: El monitoreo telemático de infractores", *Política criminal*, vol. 8, Nº 16, Art. 3, Pág. 408-471. 2013.

⁵⁰ Ibidem. MORALES, Ana María y SALINEROS, Sebastián.

alguna parte de la doctrina, la expulsión no resulta ser una pena como tal porque no comprendería un castigo propiamente tal, porque dependería de ciertos aspectos particulares, derivados de las circunstancias concretas del condenado extranjero y la situación económica y social del país al cual pertenece, y esto podría determinar el grado de afectación⁵¹.

4. Sobre los argumentos políticos - criminal.

Los fundamentos de esta categoría, desde su implementación durante el año 2008 en reemplazo del término “medidas alternativas” por el de “penas sustitutivas”. En palabras del Ministro de Justicia de la época, la iniciativa tuvo como *“fin fundamental restablecer el prestigio y la utilidad de las medidas alternativas” toda vez que, a su juicio, “han ido cayendo, con el transcurso del tiempo, en un escenario de franco desprestigio, porque están implicando más bien un beneficio que una alternativa de sanción”*... *“Porque queremos terminar de asentar en nuestra sociedad que pagar un delito con una sanción distinta del encarcelamiento es tan válido como hacerlo en prisión”*⁵², el cual buscaba de todas maneras favorecer una reinserción social de los condenados y condenadas, y evitar una “carrera delictual”, siendo una real herramienta en el ámbito preventivo “especial”⁵³. Esto respondió principalmente a una lógica de la expansión de sanciones penales que caracterizó a los países europeos cerca de la década del setenta, los que buscaban en las alternativas una disminución en el uso de la pena privativa de libertad efectiva de cárcel⁵⁴.

Ante ello, en la implementación de la Ley 20.603, los profesores Morales y Salineros, señalan expresamente que *“dado que los conceptos utilizados homónimamente de “reinserción social” –término utilizado por la reforma– o de “resocialización” –denominación utilizada en España– de “rehabilitación” –término utilizado por en los países angloparlantes–, o incluso de “prevención especial positiva” –propio del vocablo penológico continental–, han sido conceptualizados de*

⁵¹ SALINERO, Sebastián. “La expulsión de extranjeros en el derecho penal. Una realidad en España, una posibilidad en Chile”, Política Criminal, vol. 6, Nº 11, Art. 4. Pag.106-141. 2011.

⁵² Biblioteca del congreso nacional (2012): “Historia de la Ley Nº 20.603”. Disponible en <https://www.bcn.cl/historiadelaley/historia-de-la-ley/vista-expandida/4505/>.

⁵³ Ibidem. “Historia de la Ley Nº 20.603”.

⁵⁴ Ibidem. MORALES, Ana María y SALINEROS, Sebastián.

*diversas formas en la criminología y dogmática penal, no existiendo una construcción uniforme y por un lado, la reforma recoge una visión de “lectura mínima y garantista... por lo que más que imponer un contenido positivo y concreto a los conceptos de reinserción social, lo que se buscó fue el evitar los efectos desocializadores de las penas privativas de la libertad, siendo esencial no la administración sobre el penado de programas de intervención, sino la evitación de los aspectos más nocivos de la estancia en la cárcel”*⁵⁵. Esto concibe la reinserción social en el contexto de las penas sustitutivas como un proceso o etapa para la rehabilitación, y con el fin de disminuir la delincuencia futura del infractor mediante el tratamiento en la comunidad en la misma cárcel pertinente. El cual buscaría la reinserción social de los condenados, “a través del acceso oportuno y efectivo para aquellas personas que presenten consumo problemático de drogas y alcohol, y entregando atención cada vez más especializada, por ejemplo, tratándose de delitos de violencia intrafamiliar y sexuales”.⁵⁶

En atención, a lo anteriormente revisado, es posible deducir que se buscan políticas-criminales en busca de la rehabilitación del sujeto infractor de ley. Inspirado en la ley antecesora (Nº18.216) que inspiró la política criminal de la década 1960 en el país, basaba en un aspecto netamente crítico del sistema carcelario, esto por su efecto estigmatizador y por ser una institución desocializadora, entre el individuo y la comunidad⁵⁷.

Desde una perspectiva más contemporánea, existe la percepción de que “*no basta con evitar los efectos desocializadores de la cárcel bajo una lógica de no-hacer, sino que además considera que el escenario ideal para el despliegue de una oferta de rehabilitación es precisamente el entorno comunitario, ¿propio del modelo del What works? (¿qué funciona?), ya reseñado. Dicho modelo, surgido en Norteamérica y que pregona el tratamiento de los infractores a través de prácticas basadas en la*

⁵⁵ Ibidem. MORALES, Ana María y SALINEROS, Sebastián.

⁵⁶ Biblioteca del congreso nacional. “Historia de la Ley Nº 20.603”. 2012. Disponible en <https://www.bcn.cl/historiadelaey/historia-de-la-ley/vista-expandida/4505/>.

⁵⁷ LARRAURI, Elena. Populismo punitivo y cómo resistirlo, Jueces para la democracia, Nº 55, 2006.

*evidencia, junto con explotar la idea que estas sanciones deben estar al servicio de la “protección del público” y la “reducción del riesgo”*⁵⁸;

Actualmente tomando la rehabilitación como un elemento fundamental contra la delincuencia y es la política criminal aquella concebida como la más equitativa, económica y con mejor desempeño en busca de rehabilitar a la persona.

Otro objetivo que busco la normativa sobre penas sustitutivas, fue tener un control efectivo del cumplimiento de las penas propiamente tales, en diferencia con las anteriores medidas alternativas, en donde existió una debilidad en cuanto al control de fiscalizar las medidas, desde perspectivas administrativas y jurisdiccionales. Desde el punto de vista jurisdiccional, existió una falta de control de los jueces criminales de velar por la correcta ejecución de las penas fundada en la ausencia de un procedimiento a través del cual canalizar su labor⁵⁹, y que, según estos, radicaría en Gendarmería de Chile, hechos que debería corregir y fortalecer la Reforma Procesal Penal actual. Desde de la índole administrativa, la carencia administrativa apuntaba a la labor que desarrollaba la denominada “Sección de Medio Libre de Gendarmería de Chile”, reconociéndose escasez de personal y de especialización para llevar a cabo la labor de delegado de libertad vigilada⁶⁰. La que actualmente cumplirá la función el dispositivo de monitoreo de forma telemática.

También, se buscó dar una efectiva protección a las víctimas, el cual independiente del monitoreo telemático, no se logra visualizar otra medida “efectiva” de control político - criminal para proteger a las víctimas de sus agresores, por ejemplo. La que se podría incluir nuevamente la reparación de daño a la víctima.

De los objetivos antes expuestos, el segundo y tercero tendría un sustento netamente punitivo y popular, radicado en el ambiente popular de la sociedad, en donde se intensifica la llamada “mano dura”, y el aumento de asignaciones de penas sustitutivas a los condenados, generaría una desconfianza y preocupación para con las víctimas, generando falta de credibilidad en los operadores del sistema de justicia penal y en los jueces ante respuestas y condenas “blandas” ante los delitos,

⁵⁸CULLEN, Francis y GILBERT, Karen. *Reaffirming rehabilitation*. 1982. Disponible en: https://books.google.cl/books?id=OWwOhfPBoT8C&printsec=frontcover&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false

⁵⁹ Ibidem. MORALES, Ana María y SALINEROS, Sebastián.

⁶⁰ Consejo para la Reforma Penitenciaria. “Recomendaciones para una nueva política penitenciaria”. 2010. Disponible en: https://www.cesc.uchile.cl/Informe_CRPenitenciaria.pdf.

generando dudas sobre el control de las penas por parte de la autoridad competente para ello, lo que podría crear un escenario desfavorable y deslegitimar la institución judicial .

El último objetivo político-criminal, buscó controlar la privación de la libertad del imputado, con diversas alternativas de sanciones como, por ejemplo; servicios en beneficio de la comunidad, la libertad vigilada intensiva, entre otros, lo cual busca que la cárcel no sea el único lugar físico en donde se debería cumplir la medida privativa para responder al delito. Como argumentó el ministro de Justicia de la época durante la tramitación legislativa, *“Más que en una mano firme o blanda respecto del uso de la cárcel, creemos en una mano racional. Por eso, el proyecto establece que cierto tipo de delitos necesariamente deben ser castigados con reclusión [...] pero también creemos –y por eso hablamos de uso racional–, que, algunas veces estamos sobre utilizando la cárcel, en circunstancias de que no puede ser la única respuesta de nuestro sistema penal. A lo mejor, es una de las más importantes, pero queremos dar un paso adelante como país y ampliar el abanico de respuestas”*⁶¹.

Esta política criminal, estaría basada en doctrinas “neo-retribucionistas”, que tiene su origen en la década del ochenta, en virtud de los cuales, la prisión es concebida como una sanción adecuada para los comportamientos de máxima gravedad, mientras que para los comportamientos de baja o intermedia gravedad se sugiere la regulación de sanciones alternativas, cuya severidad debe graduarse conforme a la gravedad de la ofensa, el cual la sanción penal debe ser proporcional al reproche⁶².

En el presente chileno, los fundamentos político-criminales han buscado evitar el efecto desocializador de las penas privativas de la libertad con el condenado, entendiendo que esta no solo genera consecuencias en materia de libertad ambulatoria, sino que además produce importantes efectos sociales importantes, que profundizan la exclusión social que tienen generalmente las personas que han delinquido en el pasado y cuentan con antecedentes penales, el cual apunte

⁶¹ Biblioteca del congreso nacional. “Historia de la Ley N° 20.603”. 2012. Disponible en <https://www.bcn.cl/historiadelaley/historia-de-la-ley/vista-expandida/4505/>.

⁶² Ibidem. MORALES, Ana María y SALINEROS, Sebastián.

directamente a una política criminal de inclusión y socialización, sobre todo en penas de baja sanción. Esto supone todo un desafío desde una perspectiva de políticas pública para la institución penitenciaria de Gendarmería de Chile, la cual debe implementar un diseño de rehabilitación efectiva para disminuir la reincidencia delictual, con más riesgos y capacidad de respuesta, la cual según la opinión pública y las estadísticas demuestran que han fallado.

De esta forma, la Ley N° 20.603 adopta esta corriente político-criminal, reforzando el control general de las penas sustitutivas, y evitando entregar una respuesta más benigna a través de la remisión condicional a los casos de delitos sexuales o delitos de violencia familiar. También, se adoptó el modelo “securitario” hacia la víctima, lo que se ha convertido solo en un aspecto simbólico.

Cabe además agregar, que este modelo de seguridad buscó ser reforzado a través de sucesivas reformas directas o indirectas que ha tenido la Ley N° 20.603, particularmente respecto de los delitos excluidos de su aplicación evitando, por lo tanto, la condena a penas sustitutivas respecto de determinados tipos penales. Ejemplo de lo anterior, lo encontramos en la Ley N° 20.931 de 2016 conocida mediáticamente como “agenda corta”, las modificaciones contenidas en la Ley N° 20.770 de 2014 conocida como “Ley Emilia” que modificó la ley del tránsito en lo que se refiere al delito de manejo en estado de ebriedad y la Ley N° 20.813 de 2015 que modificó las normas sobre control de armas⁶³.

Por ejemplo, la Ley N° 20.931 limitó la posibilidad de que a una sola vez se pueda de condenar a reclusión parcial a aquellos individuos que hubieren cometido ciertos delitos contra la propiedad; junto con condicionar su aplicación. Otras modificaciones, que obran totalmente en sentido inverso de los propósitos tanto del modelo “rehabilitador” como del “neoretribucionista”, fueron aquellas contenidas en las leyes “Emilia” y “Control de Armas”. En el primer caso, esta reguló la suspensión obligatoria de la pena sustitutiva decretada por un plazo de un año, obligando, por ende, a la persona condenada por manejo en estado de ebriedad causando lesiones graves, gravísimas o, con resultado de muerte, a cumplir al menos un año de su

⁶³ Ibidem. MORALES, Ana María y SALINEROS, Sebastián.

pena en la cárcel, pudiendo –trascendido dicho período–, ingresar a cumplir su pena bajo un régimen de sustitución⁶⁴, de esta manera señala la actual normativa: *“Artículo 196 ter.- Respecto del delito previsto en el inciso tercero del artículo 196, será aplicable lo previsto en la ley N° 18.216, conforme a las reglas generales. Sin embargo, la ejecución de la respectiva pena sustitutiva quedará en suspenso por un año, tiempo durante el cual el condenado deberá cumplir en forma efectiva la pena privativa de libertad a la que fuere condenado”*.

Todas estas reformas presentan claramente problemas desde la perspectiva de su efectividad, la proporcionalidad y la igualdad, cuestionamientos que han fundado sucesivos recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, en donde ha manifestado que es *“una política penal basada en sus efectos intimidatorios carece de base empírica, resulta ineficiente y choca con frontalmente con valores básicos de un estado de Derecho”*⁶⁵.

Por tanto, es posible verificar la existencia de diversas políticas criminales que se han implementado en el país, partiendo por una postura más “dura” y estricta en cuanto a las penas y su cumplimiento, por otra actual que podría interpretarse como “blanda”, con diversas alternativas y formas de cumplir las condenas de las personas que han cometido delitos. Desde una perspectiva empírica y estadísticas, hoy en día crecen los índices delictuales en el país, y permanece sensación de incumplimiento y dispararon con víctimas, hechos que posteriormente se podrán revisar con detalles.

⁶⁴ Ibidem. MORALES, Ana María y SALINEROS, Sebastián.

⁶⁵ Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Claudio Andrés Cayupán Porma respecto del artículo 196 ter, de la Ley N° 18.290. 2019.

Capítulo III. Sobre distintivos sistemas de penas sustitutivas en el ámbito comparado.

En este capítulo, revisaremos diferentes sistemas de penas sustitutivas o alternativas, de países europeos como Alemania, Inglaterra y España, conocer las diferencias existentes en nuestro país, esto con el propósito siempre de obtener conclusiones positivas y constructivas.

1. Las sanciones alternativas en Inglaterra.

Las primeras experiencias en penas alternativas, fue la libertad a prueba o probación (*Probation*) contemplada en “Ley de Prueba del Infractor” (*Probation of Offenders Act*) del año 1907, que consideraba una “orden de prueba” (*probation order*) a través de un método de suspensión de la sentencia, el cual consistía principalmente en “aconsejar, asistir y ser amigable” con el condenado⁶⁶⁶⁷. También existen antecedentes, que como medida alternativa existía la imposición de multas⁶⁸, a esto se le atribuyó una importante reducción personas encarceladas a principios del siglo pasado, mediante la ley de Administración del sistema de justicia (*Criminal Justice Administration Act*) del año 1914 que contemplaba plazos para evitar la imposición de la cárcel como consecuencia del no pago de la multa.⁶⁹⁷⁰

En búsqueda de endurecer las penas de la *Probation*, varios jueces de la época durante los años 50, se buscaba una especie de fórmula de suspensión de la

⁶⁶ NELLIS, Mike. “Humanizing justice: the English Probation Service up to 1972”. En: GELSTHORPE, Lorraine; MORGAN, Rod (Eds.). *Handbook of Probation*. Cullompton: Willan, 2007.

⁶⁷ Citado por los autores: SALINERO ECHEVERRÍA, Sebastián, MORALES PEILLARD, Ana María, & CASTRO MORALES, Álvaro. Análisis comparado y crítico de las alternativas a las penas privativas de libertad. La experiencia española, inglesa y alemana. *Política criminal*, 12(24), Páginas 786-864. 2017. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992017000200786>

⁶⁸ CAVADINO, Michael; DIGNAN, James. *The Penal System*, 3a ed., Londres: Sage, 2002.

⁶⁹ BOTTOMS, Anthony. “Limiting Prison Use: Experience in England and Wales”. *The Howard Journal*, Vol. 26, N° 3 (1987), pp. 117- 202, p. 178.

⁷⁰ Citado por los autores: SALINERO ECHEVERRÍA, Sebastián, MORALES PEILLARD, Ana María, & CASTRO MORALES, Álvaro. Análisis comparado y crítico de las alternativas a las penas privativas de libertad. La experiencia española, inglesa y alemana. *Ibidem*.

sentencia de prisión, toda vez que argumentaron que la “orden de probation” no estaba teniendo efectos disuasivos, buscando “endurecerla”⁷¹.

La posibilidad de suspender fallos fue a través de la Ley de Justicia Penal (*Criminal Justice Act*) de 1972 que finalmente se regularon las denominadas “órdenes de suspensión de las sentencias” (*suspended sentence order*). Estas permitieron que cualquier sentencia a una pena de cárcel de hasta dos años, se mantuvieran en suspenso por un “periodo operacional” no menor a un año y no superior a tres bajo la condición que el infractor no cometiera nuevos delitos en dicho período. En caso de reincidir en dicho período, el infractor sería enjuiciado por el nuevo delito junto con imponerle la ejecución de la sentencia suspendida⁷². Durante el mismo periodo, por primera vez se regularon las penas sustitutivas de “servicios en la comunidad o trabajo no remunerado” (*Community Service or Unpaid work*).⁷³

La regulación de las sanciones con servicios en la comunidad, surge en Inglaterra como consecuencia del “Reporte sobre penas no privativas y semi privativas de la libertad” (*Non-Custodial and Semi-Custodial Penalties Report*) evacuado por Consejo Consultivo del sistema Penal (*Advisory Council on the Penal System*) conocido como el “Wootton Report” en 1970, este informe propuso la generación de nuevas alternativas a la cárcel, instruyendo la necesidad de que los magistrados contaran con variedad de medidas, los que fueron presentados como una alternativa que contenían elementos “reparatorios y disuasorios así como también de rehabilitación”⁷⁴.

La Ley de Justicia Penal del año 1972 también introdujo la posibilidad de ordenar el cumplimiento especial de sentencias, con la asistencia a “centros de entrenamiento diario” (*Day training centre*). Cuyo propósito, fue el de permitir el “entrenamiento social” de infractores reincidentes por delitos menores que se encontraban

⁷¹ NELLIS, Mike. “Community penalties in historical perspective”. En: BOTTOMS, Anthony; GELSTHORPE, Lorraine; REX, Susan. *Community penalties. Change and Challenges*, Oxon: Willan, 2001.

⁷² BOTTOMS, Anthony. “Limiting Prison Use: Experience in England and Wales”. *The Howard Journal*, Vol. 26, N° 3. 1987

⁷³ BLAY, Ester. La pena de trabajos en beneficio de la comunidad. Tesis doctoral. Barcelona: Universidad Autónoma de Barcelona, 2006.

⁷⁴ SALINERO ECHEVERRÍA, Sebastián, MORALES PEILLARD, Ana María, & CASTRO MORALES, Álvaro. Análisis comparado y crítico de las alternativas a las penas privativas de libertad. La experiencia española, inglesa y alemana. *Ibidem*.

cesantes⁷⁵. Durante este periodo, se destacan la implementación de “centros diurnos” que contemplo la *Criminal Justice Act* del año 1982, la que consideró la posibilidad de imponer como pena alternativa, desde una perspectiva “positiva” le presentación del sujeto infractor ante una persona determinada, concurrir a un lugar determinado, participar en actividades determinadas; y también requerimientos “negativos” como el de abstenerse de realizar ciertas actividades⁷⁶. También trajo como innovación de sanción la “compensación” directa y principal de una sentencia. Como se puede observar de esta revisión de la historia legislativa de Inglaterra, hasta los años ochenta, la legislación penal navegaba centralmente entre cuatro alternativas: la *probation*, la multa, los servicios comunitarios, y la compensación.⁷⁷

Posteriormente, durante el trascurso del tiempo las medidas comenzaron a fallar y generar una serie de cuestionamientos a la presunta rehabilitación de la persona condenada a partir de investigaciones. Producto de ello se estuvo en búsquedas de nuevas y otras alternativas para las imposiciones de castigos a los infractores de la ley con influencias en búsqueda de endurecer las penas con leyes más estrictas. Surgieron críticas a las expresiones “castigo” y “graves”, las cuales fueron cruciales para los cambios futuros, toda vez que sentaron las bases de la Ley de Justicia Penal de la década del 90, donde particularmente la palabra “castigo” se convirtió en una palabra de común utilización en el contexto de la *probation*, enfatizando que la realización de trabajos comunitarios o la asistencia diaria a centros, también constituyen formas de castigo.⁷⁸

Este cambio de visión fue por la influencia de importantes académicos de la época como Andrew Von Hirsch y Martin Wasik, quienes promovieron un modelo de penas de base retributiva, restringiendo el acceso a la cárcel directa, el cual denominaron de “justo merecimiento”, el consistía que el castigo debería manifestar una censura o reproche, y a su vez la sanción penal debe ser proporcional a dicho reproche⁷⁹.

⁷⁵ SALINERO ECHEVERRÍA, Sebastián, MORALES PEILLARD, Ana María, & CASTRO MORALES, Álvaro. Análisis comparado y crítico de las alternativas a las penas privativas de libertad. La experiencia española, inglesa y alemana. Ibidem.

⁷⁶ Ibidem BOTTOMS, Anthony. “Limiting Prison Use: Experience in England and Wales”.

⁷⁷ SALINERO ECHEVERRÍA, Sebastián, MORALES PEILLARD, Ana María, & CASTRO MORALES, Álvaro. Análisis comparado y crítico de las alternativas a las penas privativas de libertad. La experiencia española, inglesa y alemana. Ibidem.

⁷⁸ SALINERO ECHEVERRÍA, Sebastián, MORALES PEILLARD, Ana María, & CASTRO MORALES, Álvaro. Análisis comparado y crítico de las alternativas a las penas privativas de libertad. La experiencia española, inglesa y alemana. Ibidem.

⁷⁹ VON HIRSCH, Andrew. *Censure and Sanctions*. Oxford: Clarendon Press, 1993.

De esta forma, el modelo propuesto supone que un sistema sancionatorio debería ser proporcional y que exista una escala de sanciones ordenadas en base al tipo y gravedad del delito. Según Von Hirsch “*las penas no privativas de la libertad deben ser consideradas sanciones en sí mismas y no meras “alternativas” a la privación de la libertad (...), estas sanciones son castigos que implican una privación y censura que caracterizan una respuesta punitiva*”⁸⁰. Por tanto, propuso graduar las sanciones, comenzando con las multas, sanciones intermedias como la reclusión en el domicilio del infractor o asistencia a centros para delitos de mediana gravedad, manteniendo la opción privativa de libertad a través de cárcel efectiva solo para delitos más graves⁸¹.

Durante la década de 1990, se consideran los cambios más profundos dentro de la normativa penal en Inglaterra, donde establecía que sólo los delitos más graves debían ser castigados con prisión y que los delitos menos graves debían ser abordados mediante algunas de las siguientes medidas alternativas: Liberación sin cargos (*discharges*), penas financieras (*financial penalties*) y sanciones comunitarias (*community penalties*)⁸². En cuanto a las penas sobre servicios comunitarios y la asistencia diurna a centros, la mayor innovación es que las sentencias comunitarias fueron explícitamente reconocidas como sanciones independientes, dejando de ser consideradas como alternativas a la cárcel, por lo subieron de nivel. Las sentencias comunitarias estaban compuestas por servicios comunitarios (*community service*), ordenes combinadas (*combination order*), reclusión (*curfew*), orden de supervisión (*supervision order*), orden de asistencia a un centro (*attendance center order*); sin embargo, estas dos últimas sólo eran aplicable para infractores menores de edad⁸³. También se implementó la posibilidad que el sentenciado pueda cumplir la condena en su domicilio u otro lugar determinado por un plazo no inferior a dos horas ni superior a 12 horas diarias, por una extensión máxima de 6 meses, y la supervisión de esta debería ser a través de

⁸⁰ VON HIRSCH, Andrew. *Censurar y castigar*. LARRAURI, Elena (Trad.). Madrid: Trotta, 1998.

⁸¹ SALINERO ECHEVERRÍA, Sebastián, MORALES PEILLARD, Ana María, & CASTRO MORALES, Álvaro. Análisis comparado y crítico de las alternativas a las penas privativas de libertad. La experiencia española, inglesa y alemana. Ibidem.

⁸² WORRALL, Anne; HOY, Clare. *Punishment in the Community*. 2ª Ed., Cullompton: Willan, 2005.

⁸³ SALINERO ECHEVERRÍA, Sebastián, MORALES PEILLARD, Ana María, & CASTRO MORALES, Álvaro. Análisis comparado y crítico de las alternativas a las penas privativas de libertad. La experiencia española, inglesa y alemana. Ibidem.

monitoreo telemático. Ante el incumplimiento de las penas de servicio comunitario y las órdenes combinadas, se estableció un procedimiento que primero comprendía las advertencias o sanciones administrativas por parte del ente encargado de supervisarlas llamado el “*Servicio Probation*”. Posteriormente si el condenado a pesar de ello, no cumplía con la medida, se imponía aduanalmente una sanción multa o la imposición de hasta 60 horas de servicios comunitarios.⁸⁴

Otra interesante legislación, consistía en la obligación que debían tener los jueces, en los casos de infractores con antecedentes penales de considerar “sólo” el delito por el cual se estuviera juzgando y un delito asociado al mismo, bajo la regla “de los dos delitos”, como consecuencia de ello la prohibición impuesta a los tribunales de agravar las penas en función de la existencia de condenas anteriores, ya sea de cárcel o de carácter comunitario, lo que se buscaba era que la pena se fundamente netamente por los hechos cometidos y no por el historial criminal del condenado, a la que la doctrina la llamo como “pérdida progresiva de mitigación” (*progressive loss of mitigation*)⁸⁵. De todas maneras, con el transcurso del tiempo, estas medidas no quedaron del total erradicadas, fueron exitosas al comienzo con las penas comunitarias, pero con el transcurso del tiempo nuevamente comenzaron a llenarse las cárceles con reincidentes.

En el año 1993, las últimas “innovaciones” fueran derogadas completamente mediante, así el ministro del interior de la época, indicaba: “*Seamos claros. La prisión funciona. Se asegura de que estamos protegidos de asesinos, asaltantes y violadores - y hará que muchos que están tentados de cometer delitos, lo piensen dos veces Esto significa que mucha más gente irá a la cárcel. No me retracto de eso. Ya no juzgaremos el éxito de nuestro sistema de justicia por la caída de nuestra población carcelaria*⁸⁶”.

Al año siguiente se promulgaron diversas leyes que buscaban fortalecer los castigos, como la Ley de Justicia Penal y Orden Público (*Criminal Justice and Public*

⁸⁴ ASHWORTH, Andrew. “*Criminal Justice Act 1991: Part 2: Non-custodial sentences*”, *Criminal Law Review*. 1992.

⁸⁵ SALINERO ECHEVERRÍA, Sebastián, MORALES PEILLARD, Ana María, & CASTRO MORALES, Álvaro. Análisis comparado y crítico de las alternativas a las penas privativas de libertad. La experiencia española, inglesa y alemana. *Ibidem*.

⁸⁶ Michael Howard, ministro del Interior, Conservative Party’s speech, 13 de octubre de 1993. Citado por Salineros, Morales y Castro.

Order Act) y programas políticos del gobierno, como por ejemplo el “Fortalecimiento del castigo en la comunidad” (*Strengthening Punishment in the Community*)⁸⁷.

Posteriormente durante el año 1997, en el mandato del primero ministro Tony Blair, se vuelve a considerar políticas y medidas de rehabilitación, ejemplo de ello surge una famosa frase: “Duro con delito y duro con las causas del delito” (*Tough on crime and tough on the causes of crime*). Unas de las primeras medidas en la línea de las condenas comunitarias consistió en el control periódico de consumo de drogas con la Orden de tratamiento y de testeo de drogas (*Drug treatment and testing order*) en la Ley del delito y el desorden (*Crime and disorder Act*) de 1998; la eliminación del consentimiento del condenado para la imposición de las sentencias comunitarias en virtud de Ley de las sentencias penales (*Crime Sentences Act*) de 1997; y la Ley de Potestades Penales las Cortes (*Powers of Criminal Courts Act*) de 2000.⁸⁸

En el nuevo milenio, hasta la actualidad se creó un nuevo orden de penas alternativas de servicios a la comunidad, por ejemplos se pueden indicar: Orden de rehabilitación comunitaria (*Community rehabilitation Order*) símil de la anterior *Probation*; Orden de castigo comunitario (*Community punishment order*), símil de los servicios comunitarios; Orden combinada (*Combination Order*); Orden de exclusión (*Exclusion order*); Orden de abstinencia de drogas (*Drug abstinence order*); Estas modificaciones además se reunían con el Panel Consultivo de las Sentencias (*Sentencing Advisory Panel*); órgano publico creado por el gobierno encargado de entregar las primeras directrices del sentenciamiento (*Sentencing Guidelines*), también se realizó el mayor y más profunda revisión del sistema de penas a través del denominado Reporte de Halliday (*Halliday Report*).⁸⁹

Dentro de los cambios más recientes, data del año 2014 que trata de la Ley de Rehabilitación de Delincuentes (*Offender Rehabilitation Act*), cuyo objetivo principal era imponer sustitutivamente penas a condenados bajo ciertas condiciones y lograr

⁸⁷ SALINERO ECHEVERRÍA, Sebastián, MORALES PEILLARD, Ana María, & CASTRO MORALES, Álvaro. Análisis comparado y crítico de las alternativas a las penas privativas de libertad. La experiencia española, inglesa y alemana. *Ibidem*.

⁸⁸ SALINERO ECHEVERRÍA, Sebastián, MORALES PEILLARD, Ana María, & CASTRO MORALES, Álvaro. Análisis comparado y crítico de las alternativas a las penas privativas de libertad. La experiencia española, inglesa y alemana. *Ibidem*.

⁸⁹ SALINERO ECHEVERRÍA, Sebastián, MORALES PEILLARD, Ana María, & CASTRO MORALES, Álvaro. Análisis comparado y crítico de las alternativas a las penas privativas de libertad. La experiencia española, inglesa y alemana. *Ibidem*.

su rehabilitación en la sociedad, en su parte introductoria señala que es “*una ley para disponer la liberación y la supervisión después de la liberación de los delincuentes; disponer sobre el período de prórroga para los presos de sentencia prolongada; disponer sobre órdenes comunitarias y órdenes de suspensión de la pena; y para propósitos relacionados*”⁹⁰. Por ejemplo, la sección 256 AA, establece la supervisión después del cumplimiento de la sentencia los condenados privados de libertad que cumplen menos de 2 años, y se aplica cuando el infractor:

- a) Tenga menos de 18 años.
- b) La sentencia se impuso con respecto a un delito cometido antes del día en que entró en vigor la sección 2 de la Ley de Rehabilitación del Delincuente de 2014.
- c) El interno debe cumplir con los requisitos de supervisión durante el período de supervisión, excepto cuando el interno se encuentre en custodia legal, entre otras.
- d) El propósito del período de supervisión es la rehabilitación del infractor.⁹¹

2. Sobre las penas sustitutivas en Alemania.

Para comenzar a revisar la legislación Alemana, debemos trasladarnos en el tiempo al siglo pasado, específicamente el año 1817 bajo la doctrina antes vista de la lógica de la “retribución”, y dentro de las sanciones que existían eran la pena de muerte, privativas de libertad de prisión, arresto y multa⁹².

Esto, se mantuvo inmodificable hasta el año 1953, en que se ejecutó una importante reforma, dándole una nueva orientación sociológicas preventivas especiales, teniendo gran difusión en el derecho penal internacional de la época. El jurista alemán Gustav Radbruch, presento un proyecto de ley con grandes innovaciones penales, con gran influencia la escuela de Franz von Liszt, propuso varios cambios

⁹⁰ Ley de rehabilitación de delincuentes (*Offender Rehabilitation Act*). 256 AA 2023. Disponible en: https://www-legislation-gov-uk.translate.goog/ukpga/2014/11? x tr sl=en& x tr tl=es& x tr hl=es-419& x tr_pto=wapp

⁹¹ Ley de rehabilitación de delincuentes (*Offender Rehabilitation Act*). 2023. Disponible en: https://www-legislation-gov-uk.translate.goog/ukpga/2014/11? x tr sl=en& x tr tl=es& x tr hl=es-419& x tr_pto=wapp

⁹² SALINERO ECHEVERRÍA, Sebastián, MORALES PEILLARD, Ana María, & CASTRO MORALES, Álvaro. Análisis comparado y crítico de las alternativas a las penas privativas de libertad. La experiencia española, inglesa y alemana. Ibidem. pág. 52

en las modalidades de penas de multas como facilidades de pago en cuotas, suspensiones condicionales de la ejecución de las penas privativas de libertad, la cual se podía conceder a personas que bajo circunstancias espaciales y particulares necesitaban un trato diferente, con fines positivos para el sujeto infractor⁹³, entre otras.

Sobre la suspensión condicional de la ejecución de las penas, fue considerada una atractiva variante en comparación a la Francesa, basado en una adecuada satisfacción de intereses preventivo generales y especiales. Sobre los intereses preventivos especiales, se basaban en un corto o largo tiempo del sujeto, evitando así efectos negativos y desocializadores, y por otro lado los intereses preventivo generales se cumplen con declaraciones de culpabilidad, poniendo una pena de prisión conjuntamente con medidas de control. También el hecho de que la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad esté condicionada al buen comportamiento del sujeto infractor genera “un efecto motivador en el sujeto”, y busca que su comportamiento sea afectado de forma positiva en la sociedad.⁹⁴

Durante el año 1953 se incorporó la suspensión a prueba de la ejecución de las penas privativas de libertad, imponiendo un tiempo de pena privativa de libertad durante nueve meses como tiempo máximo, en el caso que el condenado no incurriera nuevamente en cometer delitos durante cinco años, la prisión quedaba remitida de forma definitiva. Posteriormente la aplicación de esta medida fue escasa, las exigencias que giraban en torno retribución de la culpabilidad limitaron su aplicación en la sociedad de la época.⁹⁵

Posteriormente, desde los años 1969 a 1975, se impulsaron varias reformas importantes con tres fuentes inspiradoras: el proyecto gubernamental de 1962; el proyecto alternativo (*Alternativ-Entwurf*); y el trabajo de la Comisión Especial del Parlamento Federal para la reforma del derecho penal entre los años 1966 a 1968,

⁹³ CUELLO CALON, Eugenio. El proyecto de Código Penal alemán de 1919, Madrid: Reus, 1924. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4939363>

⁹⁴ SALINERO ECHEVERRÍA, Sebastián, MORALES PEILLARD, Ana María, & CASTRO MORALES, Álvaro. Análisis comparado y crítico de las alternativas a las penas privativas de libertad. La experiencia española, inglesa y alemana. Ibidem. pág. 53

⁹⁵ SALINERO ECHEVERRÍA, Sebastián, MORALES PEILLARD, Ana María, & CASTRO MORALES, Álvaro. Análisis comparado y crítico de las alternativas a las penas privativas de libertad. La experiencia española, inglesa y alemana. Ibidem. pág. 54

y dentro de las sanciones penales destacadas, se encontraban las la propuesta conservadora sujeta al proyecto del Código Penal de 1962, que continuaba con una tendencia tradicional entorno a las medidas privativas de libertad, presentando como principal función la llamada “compensación justa de la culpabilidad”, que entregaba un breve espacio para las medidas alternativas de prisión de libertad.

Ya, más en la época moderna se formaron dos pilares importantes en materias de penas, primero bajo la consideración de que la pena genera efectos negativos en el sujeto en su presente y futuro, junto con su familia, dificultando su reinserción en la sociedad, y en según plano para lograr una mejor manera de prevención individual y disminuir la reincidencia de las personas que cometen delitos, es a través de sanciones de proyectos alternativos; que mantenían como finalidad la prevención especial y general de la pena, descartando la retribución. Consideraba un concepto del derecho penal como una última *ratio*, frente a otras medidas de alternativas de control social con multas y penas sustitutivas de la ejecución de las condenas se prisión de libertad⁹⁶. Ante ello el jurista alemán Hans-Heinrich Jescheck, respecto al modelo alternativo de penas, indicaba; *“impóngase únicamente las penas que sean necesarias y préstese tanta asistencia social como sea posible”*.⁹⁷

Posteriormente, la “Comisión Especial del Parlamento Federal”, incorporo los proyectos antes indicados y que finalmente fueron agregados la reforma de la Parte General del Código Penal Alemán del año 1969 que distingue entre las sanciones principales privativas de libertad del artículo 38 y multas del artículo 40. Que señalan respectivamente:

“Art.38. Duración de la pena privativa de libertad (1) La pena privativa de libertad es temporal si la ley no conmina con pena privativa de libertad perpetua. (2) El máximo de la pena privativa de la libertad temporal es de quince años y el mínimo de un mes”.

⁹⁶ SALINERO ECHEVERRÍA, Sebastián, MORALES PEILLARD, Ana María, & CASTRO MORALES, Álvaro. Análisis comparado y crítico de las alternativas a las penas privativas de libertad. La experiencia española, inglesa y alemana. Ibidem. pág. 55

⁹⁷ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Reforma del derecho penal en Alemania*. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2785956.pdf>.

*“40. Imposición en importes diarios (1) La multa se impondrá en importes diarios. La multa asciende como mínimo a cinco importes diarios completos y como máximo a trescientos sesenta importes diarios completos, si la ley no determina otra cosa. (2) La cuantía de un importe diario la determina el tribunal teniendo en cuenta las circunstancias personales y económicas del autor. En relación con esto, se parte de la regla de los ingresos netos que el autor tiene en promedio en un día o podría tener. Un importe diario se fija como mínimo en dos marcos alemanes y máximo en diez mil marcos alemanes. (3) Los ingresos del autor, su patrimonio y otros elementos pueden estimarse para la fijación del importe diario. (4) En la sentencia se indicará el número y la cuantía de los importes diarios”.*⁹⁸

También, incluye penas accesorias en el artículo 61, como las de internamiento en un hospital psiquiátrico, internamiento en un establecimiento de desintoxicación, internamiento en un establecimiento de custodia de seguridad, vigilancia de la autoridad, retiro del permiso de conducción, prohibición de ejercer la profesión⁹⁹, medidas de corrección y seguridad, entre otras. Se considera que la pena privativa de libertad es la “columna vertebral” del sistema penal alemán, que se enfoca en cosas de reincidencia y mediana gravedad. Durante la reforma del año 2006 emergieron leyes en relación a la ejecución de las, sanciones privativas de libertad y medidas de seguridad. Respecto a las Multas, se calcula el monto en base a los días, sobre los criterios para determinar las sanciones se basan en consideración que se tenga con la culpabilidad del autor y la consecuencias sociales y económicas para él como condenado. Como se vio anteriormente la multa está concebida como alternativa de las medidas privativas de libertad, y sobre todo las penas que no sean mayores a 7 meses. Como sanción alternativa, ante el no pago de la multa se agregó la sanción de “trabajo en beneficio de la comunidad”.¹⁰⁰

En cuanto a la regulación de la suspensión de las penas de prisión, se propuso una ampliación de las penas hasta 2 años, exigiendo como requisito un pronóstico

⁹⁸ Ibidem. Código Penal Alemán. Artículos 38 y 40. Traducido por Claudia López Díaz. 1999.

⁹⁹ Ibidem. Código Penal Alemán. Artículos 61. Traducido por Claudia López Díaz. 1999

¹⁰⁰ SALINERO ECHEVERRÍA, Sebastián, MORALES PEILLARD, Ana María, & CASTRO MORALES, Álvaro. Análisis comparado y crítico de las alternativas a las penas privativas de libertad. La experiencia española, inglesa y alemana. Ibidem. pág. 56

favorable para el sujeto infractor, también se prohibió denegar la suspensión en atención a la culpabilidad del sujeto o la prevención general.

La suspensión condicional de la ejecución de la pena de prisión que se encuentran en los artículos 56 a 58 del Código Penal Alemán, se estructura de la siguiente manera:

- a) Penas de prisión inferiores a seis meses;
- b) La suspensión condicional de penas de prisión entre seis y un año;
- c) La suspensión de penas de prisión entre uno hasta dos años.¹⁰¹

La expresión “*la influencia derivada de la ejecución de la pena*”, consiste en que la pena de prisión busca obtener efectos resocializadores que la suspensión de la pena y bajo esta lógica el tribunal podría comparar los efectos de ambos en la ejecución de las penas, entre prisión y la suspensión y escoger finalmente la mejor alternativa, más favorable para el sujeto¹⁰². Como las penas antes comparadas jamás serán más favorables entre sí, porque la prisión siempre tendrá un efecto negativo en las personas, la comunidad doctrinaria ha propuesto una serie de criterios legales a fin de que el sujeto que obtiene la libertad tenga y se comprometa a no delinquir nuevamente.

El criminólogo Hans Göppinger, por su parte y respecto al tema, distingue tres tipos de métodos de pronóstico: el intuitivo, clínico y estadístico.

- a) El intuitivo: se encuentra fundamentado en base a la experiencia del sujeto condenado.
- b) El clínico: está basado en un estudio y exploración de la personalidad del delincuente, desde puntos de vistas psiquiátricos y psicológicos utilizando el método de la “observación” mediante diagnósticos.

¹⁰¹ Ibidem. Código Penal Alemán. Artículos 56 y 58. Traducido por Claudia López Díaz. Universidad Externado de Colombia.

¹⁰² Ibidem. Código Penal Alemán. Artículos 56 y 58. Traducido por Claudia López Díaz.

- c) El estadístico: Consiste en el uso de tablas y gráficos en él se computan características del delincuente entorno a su vida personal y su entorno social.¹⁰³

Por otro lado, desde una perspectiva estadística, la pena de multa constituye el medio sancionatorio de mayor implicancia en el derecho penal alemán. Durante los últimos 120 años, la pena privativa de libertad, ha cedido protagonismo a esta. Por ejemplo, en el año 1882 la relación de la pena privativa de libertad y la multa era de 77% y 22%, después de la reforma de los años 1969 a 1975 era el 17% a 83%. Desde la década del setenta hasta el 2013, los porcentajes se mantuvieron en niveles similares, en el 2012 18% y 82% y en 2013 82,8% y 17,2%.¹⁰⁴

Respecto a la pena de multa en el Código Penal Alemán, lo consagra el artículo 40 y siguientes, de la siguiente manera: “*Imposición en importes diarios:*

(1) La multa se impondrá en importes diarios. La multa asciende como mínimo a cinco importes diarios completos y como máximo a trescientos sesenta importes diarios completos, si la ley no determina otra cosa.

(2) La cuantía de un importe diario la determina el tribunal teniendo en cuenta las circunstancias personales y económicas del autor. En relación con esto, se parte de la regla de los ingresos netos que el autor tiene en promedio en un día o podría tener. Un importe diario se fija como mínimo en dos marcos alemanes y máximo en diez mil marcos alemanes.

(3) Los ingresos del autor, su patrimonio y otros elementos pueden estimarse para la fijación del importe diario.

(4) En la sentencia se indicará el número y la cuantía de los importes diarios”.¹⁰⁵

¹⁰³ GÖPPINGER, Hans. Criminología. Citado por SALINERO ECHEVERRÍA, Sebastián, MORALES PEILLARD, Ana María, & CASTRO MORALES, Álvaro. Análisis comparado y crítico de las alternativas a las penas privativas de libertad. La experiencia española, inglesa y alemana.

¹⁰⁴ SALINERO ECHEVERRÍA, Sebastián, MORALES PEILLARD, Ana María, & CASTRO MORALES, Álvaro. Análisis comparado y crítico de las alternativas a las penas privativas de libertad. La experiencia española, inglesa y alemana. Ibidem. pág. 65

¹⁰⁵ Ibidem. Código Penal Alemán. Artículo 40. Traducido por Claudia López Díaz. Universidad Externado de Colombia.

Si al condenado de acuerdo con sus condiciones personales y económicas no se le puede exigir el pago inmediato de la multa, el tribunal podrá concederle un plazo determinado para el pago o se autorizará para pagar la multa en sumas parciales o cuotas¹⁰⁶. Como penas accesorias alternativas a la privativa de libertad o multa, cuando alguien ha cometido un delito en la conducción de un vehículo, tendrá la prohibición de conducirlo durante un lapso de uno a tres meses.¹⁰⁷

Otras penas alternativas que establece el sistema penal alemán, corresponden a:

- a) internamiento en un hospital psiquiátrico,
- b) internamiento en un establecimiento de desintoxicación,
- c) internamiento en un establecimiento de custodia de seguridad,
- d) vigilancia de la autoridad,
- e) retiro del permiso de conducción,
- f) prohibición de ejercer la profesión.

Sobre el internamiento en un hospital psiquiátrico, cuando una persona cometa un delito en un estado de incapacidad psíquica y limitación reducida de su razonamiento mental, el tribunal podrá ordenar que al sujeto se le internen en un hospital psiquiátrico cuando de la valoración en conjunto del autor y de su hecho resulte que como consecuencia de su estado mental sea peligroso para la sociedad.¹⁰⁸

Caso similar aplica para los casos en que el condenado por un delito, tiene dependencia de embriagante pro alcohol, el tribunal ordena la internación en un establecimiento de desintoxicación, cuando exista el peligro de que, como consecuencia de su inclinación cometa relevantes hechos antijurídicos.¹⁰⁹

En los casos que un sujeto condenado por un delito doloso a una pena privativa de la libertad mínima de dos años, el tribunal podrá ordenar junto con esta pena la “internación en custodia de seguridad”, bajo las siguientes condiciones:

¹⁰⁶ Ibidem. Código Penal Alemán. Artículo 42. Traducido por Claudia López Díaz. Universidad Externado de Colombia.

¹⁰⁷ Ibidem. Código Penal Alemán. Artículo 44. Traducido por Claudia López Díaz. Universidad Externado de Colombia.

¹⁰⁸ Ibidem. Código Penal Alemán. Artículo 63. Traducido por Claudia López Díaz. Universidad Externado de Colombia.

¹⁰⁹ Ibidem. Código Penal Alemán. Artículo 64. Traducido por Claudia López Díaz. Universidad Externado de Colombia.

- a) El autor haya sido condenado dos veces a una pena privativa de la libertad de dos años mínimo, por delitos dolosos cometidos con anterioridad al nuevo hecho,
- b) El autor haya cumplido por lo menos dos años de pena privativa de la libertad por uno o varios hechos antes del nuevo hecho, o cuando se haya encontrado cumpliendo una medida de privación de libertad correccional y de seguridad;
- c) Dentro de la valoración en conjunto del autor y de sus hechos, resulta que como consecuencia de su inclinación para cometer delitos, especialmente aquellos en los que la víctima resulte perjudicada gravemente síquica o corporalmente o causen graves perjuicios económicos y es peligroso para la sociedad.¹¹⁰

Si alguien por un hecho punible, también podrá estar bajo la sujeción a la vigilancia judicial, y el tribunal lo decretará cuando incurra en una pena privativa de la libertad de por lo menos seis meses¹¹¹.

En el evento, en que un sujeto condenado por hecho antijurídico cometido con abuso de su profesión u oficio o con grave lesión a los deberes ligados a ellos, o no siendo condenado porque su incapacidad de culpabilidad ha sido probada o no se puede excluir ello, entonces el tribunal puede prohibirle el ejercicio de la profesión, de la especialidad, del oficio o de la rama industrial por una duración de uno hasta cinco años, cuando la valoración en conjunto del autor y del hecho permita reconocer que el autor cometerá hechos punibles relevantes de la clase de los señalados en caso de un ulterior ejercicio de la profesión, especialidad, oficio o rama industrial. La prohibición de ejercer la profesión se puede ordenar para siempre en casos determinados que señala la ley¹¹².

Actualmente, en el presente año 2023 el Código Penal Alemán (*Strafgesetzbuch* (*StGB*)), establece las siguientes normas reguladoras de las penas sustitutivas. Por

¹¹⁰ Ibidem. Código Penal Alemán. Artículo inciso 1° Art. 66. Traducido por Claudia López Díaz. Universidad Externado de Colombia.

¹¹¹ Ibidem. Código Penal Alemán. Artículo Art. 68. Traducido por Claudia López Díaz. Universidad Externado de Colombia.

¹¹² Ibidem. Código Penal Alemán. Artículo Art. 68. Traducido por Claudia López Díaz. Universidad Externado de Colombia.

ejemplo, sobre las penas sustitutivas establece que el tribunal podrá imponer penas de trabajo a la comunidad.¹¹³

En título sexto con el nombre de “Medidas de Mejora y Protección” (*Sechster Titel Maßregeln der Besserung und Sicherung*) Establece las medidas alternativas como:

- Ingreso en un hospital psiquiátrico.
- Alojamiento en un centro de rehabilitación.
- Internamiento en prisión preventiva.
- La supervisión del liderazgo.
- La revocación de la licencia de conducir.
- La prohibición profesional.¹¹⁴

En cuanto a la sanción de ingreso en un hospital psiquiátrico; si alguien ha cometido un acto ilegal en estado de incapacidad o responsabilidad penal reducida, el tribunal ordenará el ingreso en un hospital psiquiátrico si la evaluación general del autor y sus actos ilegales sean significativos.¹¹⁵

Cuando una persona tenga tendencia a consumir en exceso bebidas alcohólicas u otras sustancias embriagantes, y sea condenada por un hecho ilícito cometido en estado de ebriedad o atribuible a su adicción, el tribunal debe ordenar la internación en un centro de tratamiento de adicciones si existe el riesgo de que cometa actos ilegales graves como resultado de su tendencia.¹¹⁶

Sobre la supervisión de liderazgo; si alguien ha cumplido una pena de prisión de al menos seis meses por un delito para el cual la ley señala expresamente la

¹¹³ Código Penal Alemán. Artículo 56 y siguientes. 2023. Disponible en: <https://www.gesetze-im-internet-de.translate.goog/stgb/BJNR001270871.html? x tr sl=de& x tr tl=es& x tr hl=es-419& x tr pto=sc#BJNR001270871BJNG001902307>

¹¹⁴ Código Penal Alemán. Artículo 61. 2023. Disponible en: <https://www.gesetze-im-internet-de.translate.goog/stgb/BJNR001270871.html? x tr sl=de& x tr tl=es& x tr hl=es-419& x tr pto=sc#BJNR001270871BJNG001902307>

¹¹⁵ Código Penal Alemán. Artículo 63. 2023. Disponible en: <https://www.gesetze-im-internet-de.translate.goog/stgb/BJNR001270871.html? x tr sl=de& x tr tl=es& x tr hl=es-419& x tr pto=sc#BJNR001270871BJNG001902307>

¹¹⁶ Código Penal Alemán. Artículo 64. 2023. Disponible en: <https://www.gesetze-im-internet-de.translate.goog/stgb/BJNR001270871.html? x tr sl=de& x tr tl=es& x tr hl=es-419& x tr pto=sc#BJNR001270871BJNG001902307>

supervisión de la conducta, el tribunal puede ordenar la supervisión de la conducta además de la pena si existe el riesgo de que él cometerá más delitos¹¹⁷.

Si, el condenado está subordinado a un órgano de control; el tribunal le nombrará un oficial de libertad condicional durante la duración de la supervisión de conducta. Si se emite una instrucción y en caso de ser necesario, la ambulancia forense también asistirá y cuidará a la persona condenada de acuerdo con las personas condenadas en este caso¹¹⁸. Los órganos de supervisar estas penas, estarán sujetos a las siguientes instrucciones:

- a) No salir del lugar de residencia o residencia o de una zona determinada sin autorización de la autoridad de control.
- b) No estar en ciertos lugares que podrían ofrecerles una oportunidad o un incentivo para cometer más delitos.
- c) No contactar, asociarse, emplear, entrenar o alojar a la persona lesionada o a personas específicas o personas de un grupo específico que puedan ofrecerles una oportunidad o incentivo para cometer más delitos.
- d) No participar en ciertas actividades que, dadas las circunstancias, podrían utilizarse indebidamente para cometer delitos penales.
- e) No poseer, portar o conservar ciertos objetos que puedan ofrecerles una oportunidad o un incentivo para cometer nuevos delitos.
- f) No poseer ni conducir vehículos de motor o ciertos tipos de vehículos de motor u otros vehículos que, dadas las circunstancias, puedan utilizarse para cometer delitos.
- g) Informar al órgano de control, a una oficina específica o al oficial de libertad condicional en determinados momentos.
- h) Informar inmediatamente al organismo de control de cualquier cambio de residencia o de lugar de trabajo.

¹¹⁷ Código Penal Alemán. Artículo 68. 2023. Disponible en: https://www.gesetze--internet-de.translate.goog/stgb/BJNR001270871.html?_x_tr_sl=de&_x_tr_tl=es&_x_tr_hl=es-419&_x_tr_pto=sc#BJNR001270871BJNG001902307

¹¹⁸ Código Penal Alemán. Artículo 68a. 2023. Disponible en: https://www.gesetze--internet-de.translate.goog/stgb/BJNR001270871.html?_x_tr_sl=de&_x_tr_tl=es&_x_tr_hl=es-419&_x_tr_pto=sc#BJNR001270871BJNG001902307

- i) En caso de desempleo, registrarse en la agencia de empleo competente u otra agencia aprobada para la colocación laboral.
- j) No consumir bebidas alcohólicas u otras sustancias embriagantes si, con base en ciertos hechos, existen razones para creer que el consumo de dichas sustancias contribuirá a la comisión de nuevos delitos y a someterse a pruebas de alcohol o drogas que no involucren interferencia física.
- k) Presentarse a un médico, a un psicoterapeuta o a un ambulatorio forense en determinados momentos o con determinados intervalos.
- l) Llevar consigo los medios técnicos necesarios para el seguimiento electrónico de su paradero en todo momento en estado operativo y no menoscabar su funcionalidad.¹¹⁹

El tribunal de sus atribuciones y según la norma legal, puede modificar y adoptar las penas que mejor se adecuen al sujeto condenado, con miras siempre a su reinserción definitiva en la sociedad.

3. Sobre las Penas Sustitutivas en España.

La primera regulación en la materia de penas sustitutivas en este país, la cual, se encuentra en la incorporación a partir de 1908 con la normativa denominada “Ley de Condena Condicional”, su origen es uno de los resultados más importantes obtenido tras el fortalecimiento de los ideales humanistas, que exigían que las penas tengan fines más racionales, humanos y también de prevención especial. En cuanto a las penas sustitutivas de suspensiones condicionales, existían dos modalidades contempladas en dicha legislación, en donde el Tribunal reconocía el delito y condenaba por él y, por otra parte, cuando señalaba que era más beneficioso para el infractor y para la sociedad entera, que la sentencia fuese dejada sin cumplimiento, así lo disponía, y el imputado recobraba su libertad.¹²⁰

¹¹⁹ Código Penal Alemán. Artículo 68b. 2023. Disponible en: https://www.gesetze--im--internet--de.translate.googleusercontent.com/s/BJNR001270871.html?x_tr_sl=de&x_tr_tl=es&x_tr_hl=es-419&x_tr_pto=sc#BJNR001270871BJNG001902307

¹²⁰ SALINERO ECHEVERRÍA, Sebastián, MORALES PEILLARD, Ana María, & CASTRO MORALES, Álvaro. Análisis comparado y crítico de las alternativas a las penas privativas de libertad. La experiencia española, inglesa y alemana. Ibidem. pág. 7

Posteriormente, El Código Penal de 1928, promulgado bajo la dictadura de Primo de Rivera reguló varias penas sustitutivas, entre las que se puede destacar la de “condena condicional” en los artículos 186 a 190. Esta normativa, en general y pese a su corta duración era más autoritaria e incorporaba instituciones penales modernas como las medidas de seguridad. Los tribunales de la época por decisión motivada o por el solo ministerio de la ley, otorgar el beneficio de la condena condicional. El plazo de suspensión era de tres a seis años el cual dependía de las condiciones del sujeto infractor, las circunstancias del hecho y la extensión de la pena que se impusiere. Los requisitos para su procedencia consistían en que el sujeto haya delinquido por vez primera y no haya sido declarado en rebeldía y que la condena de reclusión no debía ser superior a dos años. Después, en el año 1932 en el mismo Código, esta sanción pasó a llamarse “Remisión condicional de la pena” en el artículo 95 y 99, consideraba que la condena condicional no era un “perdón”, sino el medio de substituir de las penas de corto tiempo. Durante el año 1944, en virtud de la sustitución de la Republica por el régimen de Franco a consecuencia de la Guerra Civil dio lugar a una legislación penal especial, autoritaria y acorde a las nuevas condiciones. Se reestableció la pena de muerte, se contemplaron penas más severas.¹²¹

Desde la época vista anteriormente al año 1977, pocos cambios se habían realizados en el Código, los delitos se clasificaban en cuatro escalas de mayor a menor, penas de naturaleza similar: Las dos primeras escalas se iniciaban con la pena de muerte, y recogían sucesivamente las penas privativas de libertad de reclusión mayor, reclusión menor, presidio o prisión mayores, presidio o prisión menores, y arresto mayor. Existía una tercera escala en la que predominaban penas restrictivas de libertad, y que comenzaba en la pena de extrañamiento y seguía con el confinamiento, destierro, reprensión pública y caución de conducta. La última escala, centrada en penas privativas de derechos, se iniciaba con la inhabilitación absoluta, seguía con inhabilitaciones especiales de cargo público, derecho de

¹²¹ SALINERO ECHEVERRÍA, Sebastián, MORALES PEILLARD, Ana María, & CASTRO MORALES, Álvaro. Análisis comparado y crítico de las alternativas a las penas privativas de libertad. La experiencia española, inglesa y alemana. Ibidem. pág. 8

sufragio activo y pasivo, profesión u oficio, y luego con la suspensión de los derechos.¹²²

Las penas privativas de libertad tenían un espacio temporal de un mes y un día a 30 años, las restrictivas de libertad iban de los seis meses y un día a los 20 años, y las privativas de derechos de un mes y un día a 12 años. En cuanto a la libertad condicional, estaba vigente para los condenados con más de un año de prisión, durante el último periodo de condena y con la exigencia de tres cuartas partes de ella, e incluyendo la irreprochable conducta.¹²³

En 1983, se propuso una reforma en la que se suprimieron las penas de presidio, se eliminó la pena de interdicción civil, sobre la suspensión de la ejecución de la pena se amplió su campo de acción; incorporando a los sujetos infractores con reincidencia sin computarles la primera condena, se amplió extendiendo la redención de penas por el trabajo a penas de prisión.¹²⁴

Durante el año 1988, los cambios en el código tuvieron relación a la pena de suspensión de la ejecución de la pena de prisión y a la libertad condicional; se introdujo una variante de suspensión de la pena para quienes hayan cometido el delito con motivo de la adicción a las drogas y que la condena haya sido a prisión no superior a dos años; a esto se agrega el requisito que el sujeto no sea reincidente ni se haya beneficiado antes con esta pena, agregando que se debe estar sometido algún tratamiento y rehabilitado.

Asimismo, en delitos relacionados con organizaciones criminales o elementos terroristas se podrá acordar la remisión total de la pena, bajo la condición que no vuelva a cometer de nuevo tales delitos y si el beneficiado colabora activamente con la persecución de esos tipos de delitos.

Durante el año 1995, producto de una gran reforma al Código Penal español, surgieron una gran variedad de penas privativas de libertad alternativas, como el arresto los fines de semana, responsabilidad personal subsidiaria ante el no pago

¹²² DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. La evolución del sistema de penas en España: 1975-2003. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2006. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/08/recpc08-07.pdf>.

¹²³ Ibidem. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. La evolución del sistema de penas en España: 1975-2003.

¹²⁴ Ibidem. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. La evolución del sistema de penas en España: 1975-2003.

de multa, la privación del derecho de residir en ciertos lugares y la pena de expulsión del territorio nacional para los infractores de nacionalidad extranjera.

La duración de la pena de prisión era por un tiempo desde seis meses y 20 años, y la de arresto de fin de semana entre 7 y 24 fines de semana; las penas restrictivas de libertad variaban de seis meses a 5 años, la de expulsión era de 3 a 10 años, la multa por cuotas podrá ir de dos meses y un día a dos años. Sobre la libertad condicional se aplicaba a los condenados a penas privativas de libertad, hayan observado una buena conducta, tengan buen pronóstico de reinserción social y hayan cumplido las tres cuartas partes de su condena.

Durante el año 1999 se crean las penas sustitutivas de prohibición de aproximarse a la víctima, sus familiares u otras personas determinadas por el juez, y la pena de prohibición de comunicarse con ellos, las cuales se introducen en la segunda reforma de ese año.

Una reforma del año 2000, hizo un cambio sobre las penas privativas de libertad de corta duración se rebajando el límite mínimo de la pena de seis a tres meses y se suprime la pena de arresto de fin de semana. En cuanto a la pena sustitutiva de expulsión del país, se establece como régimen ordinario para los extranjeros no residentes legales, debiéndose justificar su no imposición, y el plazo mínimo de ausencia de España se fija en 10 años, que puede ser superado si no ha prescrito la pena. La pena de trabajos a la comunidad es considerada como una pena sustitutiva por sí sola en penas de prisión de hasta un año, y conjuntamente con la multa en penas de prisión hasta dos años en delitos de violencia doméstica.¹²⁵

A partir del año 2015, se efectuó una importante reforma, realizando modificaciones de 252 artículos y se suprimieron 32 del código penal español, entre los cambios más importantes que introduce esta reforma, se encuentra la unificación de la suspensión y la sustitución bajo un mismo régimen jurídico. Esto supuso pasar de un régimen diferenciado a una absolución de la sustitución en la suspensión de la pena, con la excepción de la sustitución de la pena por expulsión del país para los

¹²⁵ Ibidem. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. La evolución del sistema de penas en España: 1975-2003.

extranjeros, y la sustitución que establece que podrán ser sustituidas por multa, trabajos en beneficio de la comunidad o localización permanente aquellas penas de prisión impuestas cuya duración sea inferior a tres meses¹²⁶. Este cambio del ordenamiento se logra obtener un régimen único de suspensión, dentro del cual se incluyen los diversos supuestos de suspensión y sustitución de la pena como alternativas y opciones a la suspensión, y se amplía la libertad condicional, que pasa a ser un supuesto de suspensión a lo que reste del cumplimiento de la pena.

Así, busca que los sistemas penales actuales, eviten la aplicación de penas privativas de libertad si no son absolutamente necesarias, tratando que la resocialización del penado sea efectiva y que no se produzca un “contagio criminal”. Por ello, en los supuestos de conductas delictuales poco graves, cabe aplicar medidas más leves, o bien acudiendo a otras penas alternativas. De forma más detallada, y como se ha expuesto anteriormente, esta regulación de la suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad se ve modificada en diferentes ámbitos. Por ejemplo, los distintos tipos de suspensión que incluye esta nueva regulación serían:

- La suspensión ordinaria (art. 80. 1 y 2 C.P.).
- La suspensión ordinaria con prohibiciones (art. 83 C.P.).
- La suspensión ordinaria con prestaciones o deberes (art. 84 C.P.).
- La suspensión extraordinaria general (art. 80.3 C.P.).
- La suspensión extraordinaria para casos de enfermedad (art. 80.4 C.P.).
- La suspensión extraordinaria para casos de drogadicción (art. 80.5 C.P.).
- La suspensión de la prisión permanente revisable (art. 92 C.P.).
- La suspensión del resto de la pena, anteriormente denominado libertad condicional (art. 90 C.P.).

¹²⁶ GARCIA – LOZANO, Teresa. Los substitutivos penales en España: análisis y medidas en delitos de reciente persecución. 2015. Pág. 4. Disponible en: <https://repositorio.comillas.edu/xmlui/bitstream/handle/11531/28276/TFG%20-%20GarcAa-Lozano%20Aranda%2C%20Teresa.pdf?sequence=1>

De esta manera, la sustitución de la anterior regulación se mantiene, de acuerdo con el artículo 89 del Código Penal, con la expulsión de los extranjeros, junto con las penas menores de 3 meses.¹²⁷

A) Sobre la suspensión sustitutiva.

Sobre la suspensión sustitutiva, se cree que la naturaleza jurídica consistiría en no ejecutar la pena a cambio de una condición, mientras que en la sustitución se cambiaría la pena de prisión por otra, de carácter menos desocializador. Así, el artículo 80.3 que regula la suspensión sustitutiva extraordinaria, en relación con la antigua sustitución ha quedado regulada como un supuesto excepcional, a través del cual podrá acordarse la suspensión pese a que no se cumplan los requisitos, en el caso de que las circunstancias personales del condenado, la naturaleza del hecho, su conducta y su postura por reparar el daño, sin perjuicio de la oportuna reparación efectiva del daño, el pago de la indemnización correspondiente o el cumplimiento de las penas recogidas en el artículo 84 del Código. Así el caso de competir por primera vez un delito no es un requisito esencial en este supuesto. Además, este beneficio puede concederse a penas impuestas en una misma sentencia, aunque la suma de todas ellas sí sobrepase el límite de dos años establecido. El único límite legal que existe en este caso es que no podrán beneficiarse de ella los penados que el artículo 94 del Código Penal considere como reos habituales.¹²⁸

B) La libertad condicional.

En cuanto a la libertad condicional, aparece regulada en los artículos 90, 91 y 92 del Código Penal. Se trata de un beneficio que puede aplicarse a cualquier penado, sin necesidad de que haya delinquido por primera vez, y respecto de cualquier pena de prisión, sin importar la cuantía de la misma. El fundamento es favorecer la integridad de sujeto en la sociedad, basándose en un pronóstico favorable de

¹²⁷ GARCIA – LOZANO, Teresa. Los substitutivos penales en España: análisis y medidas en delitos de reciente persecución. 2015. Pág. 7. Disponible en: <https://repositorio.comillas.edu/xmlui/bitstream/handle/11531/28276/TFG%20-%20GarcAa-Lozano%20Aranda%2C%20Teresa.pdf?sequence=1>

¹²⁸ Ibidem. GARCIA – LOZANO, Teresa. Los substitutivos penales en España: análisis y medidas en delitos de reciente persecución. 2015. Pág. 15.

reinserción y considerándose adecuada para la resocialización perseguida durante el tratamiento penitenciario.

La libertad condicional se encontraría dentro de las penas sustitutivas o alternativas, ya que se trata de una forma de suspensión de la ejecución del resto de la pena pendiente de cumplimiento por un plazo determinado. Hay que tener en cuenta que el tiempo en el que el sujeto condenado esté gozando de la libertad condicional no computará plazo como cumplimiento, sino como plazo de suspensión de una parte de la pena. Así, cumplido dicho plazo, si el condenado no infringe las normas o no delinque, se extinguiría la parte de la pena pendiente de cumplimiento.¹²⁹

C) Sobre La sustitución por expulsión del territorio nacional al extranjero.

Sobre esta pena sustitutiva, su contenido queda regulado en el artículo 89 del Código. En este caso, las consecuencias que se dan son el abandono del territorio nacional, el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto trabajar o residir en España y la prohibición de la entrada en el país en un plazo de entre cinco y diez años. Y, comprende tanto a los extranjeros que se encuentren en situación regular como irregular. Además, limita la expulsión sustitutiva a las penas de prisión de una duración superior a un año. También establece las categorías sustitutorias total y parcial, atendiendo a si las penas impuestas superan o no los cinco años de prisión.¹³⁰

En la actualidad, en el año 2023 Código Penal Español, da el siguiente tratamiento a las penas sustitutivas, que se encuentran en el Capítulo III, bajo el título de “De las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad y de la libertad condicional”. Sobre las suspensiones indica el artículo 80 que; Los jueces, mediante una resolución motivada, podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a dos años cuando sea razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura de nuevos delitos y para adoptar esta resolución el juez o tribunal valorará las

¹²⁹ Ibidem. GARCIA – LOZANO, Teresa. Los sustitutivos penales en España: análisis y medidas en delitos de reciente persecución. 2015. Pág. 17.

¹³⁰ Ibidem. GARCIA – LOZANO, Teresa. Los sustitutivos penales en España: análisis y medidas en delitos de reciente persecución. 2015. Pág. 17.

circunstancias del delito cometido, las circunstancias personales del penado, sus antecedentes, su conducta posterior al hecho, en particular su esfuerzo para reparar el daño causado, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas¹³¹.

Respecto a las penas de expulsión del país, dispone textualmente lo siguiente:

“1. Las penas de prisión de más de un año impuestas a un ciudadano extranjero serán sustituidas por su expulsión del territorio español. Excepcionalmente, cuando resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito, el juez o tribunal podrá acordar la ejecución de una parte de la pena que no podrá ser superior a dos tercios de su extensión, y la sustitución del resto por la expulsión del penado del territorio español. En todo caso, se sustituirá el resto de la pena por la expulsión del penado del territorio español cuando aquél acceda al tercer grado o le sea concedida la libertad condicional.

2. Cuando hubiera sido impuesta una pena de más de cinco años de prisión, o varias penas que excedieran de esa duración, el juez o tribunal acordará la ejecución de todo o parte de la pena, en la medida en que resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito. En estos casos, se sustituirá la ejecución del resto de la pena por la expulsión del penado del territorio español, cuando el penado cumpla la parte de la pena que se hubiera determinado, acceda al tercer grado o se le conceda la libertad condicional.

3. El juez o tribunal resolverá en sentencia sobre la sustitución de la ejecución de la pena siempre que ello resulte posible. En los demás casos, una vez declarada la firmeza de la sentencia, se pronunciará con la mayor urgencia, previa audiencia al Fiscal y a las demás partes, sobre la concesión o no de la sustitución de la ejecución de la pena.

¹³¹ Código Penal Español. Artículo 80. 2023. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>

4. No procederá la sustitución cuando, a la vista de las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España, la expulsión resulte desproporcionada.

La expulsión de un ciudadano de la Unión Europea solamente procederá cuando represente una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública en atención a la naturaleza, circunstancias y gravedad del delito cometido, sus antecedentes y circunstancias personales.

Si hubiera residido en España durante los diez años anteriores procederá la expulsión cuando, además:

a) Hubiera sido condenado por uno o más delitos contra la vida, libertad, integridad física y libertad e indemnidad sexuales castigados con pena máxima de prisión de más de cinco años y se aprecie fundadamente un riesgo grave de que pueda cometer delitos de la misma naturaleza.

b) Hubiera sido condenado por uno o más delitos de terrorismo u otros delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal.

En estos supuestos será en todo caso de aplicación lo dispuesto en el apartado 2 de este artículo.

5. El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de cinco a diez años, contados desde la fecha de su expulsión, atendidas la duración de la pena sustituida y las circunstancias personales del penado.

6. La expulsión llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España.

7. Si el extranjero expulsado regresara a España antes de transcurrir el período de tiempo establecido judicialmente, cumplirá las penas que fueron sustituidas, salvo que, excepcionalmente, el juez o tribunal, reduzca su duración cuando su cumplimiento resulte innecesario para asegurar la defensa del orden jurídico y

restablecer la confianza en la norma jurídica infringida por el delito, en atención al tiempo transcurrido desde la expulsión y las circunstancias en las que se haya producido su incumplimiento.

No obstante, si fuera sorprendido en la frontera, será expulsado directamente por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad.

8. Cuando, al acordarse la expulsión en cualquiera de los supuestos previstos en este artículo, el extranjero no se encuentre o no quede efectivamente privado de libertad en ejecución de la pena impuesta, el juez o tribunal podrá acordar, con el fin de asegurar la expulsión, su ingreso en un centro de internamiento de extranjeros, en los términos y con los límites y garantías previstos en la ley para la expulsión gubernativa.

En todo caso, si acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá a la ejecución de la pena originariamente impuesta o del período de condena pendiente, o a la aplicación, en su caso, de la suspensión de la ejecución de la misma.

9. No serán sustituidas las penas que se hubieran impuesto por la comisión de los delitos a que se refieren los artículos 177 bis, 312, 313 y 318 bis”.¹³²

Sobre la libertad condicional, el artículo 90 señala que, el juez de vigilancia penitenciaria respectiva acordará la suspensión de la ejecución del resto de la pena de prisión y concederá la libertad condicional al condenado por la pena, siempre y cuando se cumpla los siguientes requisitos:

- a) Que se encuentre clasificado en tercer grado.
- b) Que haya extinguido las tres cuartas partes de la pena impuesta.
- c) Que haya observado buena conducta.

¹³² Código Penal Español. Artículo 89. 2023. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>

Y, para efectos de resolver sobre la suspensión de la ejecución del resto de la pena y concesión de la libertad condicional, el juez evaluará la personalidad del penado, sus antecedentes, las circunstancias del delito cometido, la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por una reiteración en el delito, su conducta durante el cumplimiento de la pena, sus circunstancias familiares y sociales y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas respectivas que fueren impuestas. Y, no se concederá la suspensión si el penado no hubiese satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito en los supuestos y conforme a los criterios establecidos por los apartados 5 y 6 del artículo 72 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria.

También el tribunal podrá conceder la libertad condicional cuando se cumplan los siguientes requisitos:

- a) Que hayan extinguido dos terceras parte de su condena.
- b) Que durante el cumplimiento de su pena hayan desarrollado actividades laborales, culturales u ocupacionales, bien de forma continuada, bien con un aprovechamiento del que se haya derivado una modificación relevante y favorable de aquéllas de sus circunstancias personales relacionadas con su actividad delictiva previa.
- c) Que acredite el cumplimiento de los requisitos a que se refiere el apartado anterior, salvo el de haber extinguido tres cuartas partes de su condena. Esta medida requerirá que el penado haya desarrollado continuamente las actividades indicadas en la letra b) de este apartado y que acredite, además, la participación efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas o programas de tratamiento o desintoxicación, en su caso.

Excepcionalmente, el juez respectivo podrá acordar la suspensión de la ejecución del resto de la pena y conceder la libertad condicional a los penados en que concurren los siguientes requisitos:

a) Que se encuentren cumpliendo su primera condena de prisión y que ésta no supere los tres años de duración.

b) Que hayan extinguido la mitad de su condena.

c) Que acredite el cumplimiento de los requisitos a que se refiere al apartado 1, salvo el de haber extinguido tres cuartas partes de su condena, así como el regulado en la letra b) del apartado anterior. Este régimen no será aplicable a los penados que lo hayan sido por la comisión de un delito contra la libertad e indemnidad sexuales.¹³³

Sin perjuicio de lo anterior, los penados que hubieran cumplido la edad de setenta años, o la cumplan durante la extinción de la condena, y reúnan los requisitos exigidos en el artículo anterior, excepto el de haber extinguido las tres cuartas partes de aquélla, las dos terceras partes o, en su caso, la mitad de la condena, podrán obtener la suspensión de la ejecución del resto de la pena y la concesión de la libertad condicional. El mismo criterio se aplicará cuando se trate de enfermos muy graves con padecimientos incurables, y así quede acreditado tras la práctica de los informes médicos que, a criterio del juez de vigilancia penitenciaria, se estimen necesarios. Si en el caso en que se encuentre en peligro la vida del interno, a causa de su enfermedad o de su avanzada edad, por estar así acreditado por un dictamen del médico forense y de los servicios médicos del establecimiento penitenciario, el juez podrá, sin necesidad de que se acredite el cumplimiento de ningún otro requisito y valorada la falta de peligrosidad relevante del penado, acordar la suspensión de la ejecución del resto de la pena y concederle la libertad condicional sin más trámite que requerir al centro penitenciario el informe de pronóstico final al objeto de poder hacer la valoración a que se refiere el apartado anterior.¹³⁴

¹³³ Código Penal Español. Artículo 90. 2023. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>

¹³⁴ Código Penal Español. Artículo 91. 2023. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>

D) Sobre las medidas de seguridad.

El artículo 95 del Código, señala que las medidas de seguridad se aplicarán por el tribunal, siempre que existan previos los informes que estime convenientes, a las personas que cumplan las siguientes circunstancias:

- 1) Que el sujeto haya cometido un hecho previsto como delito.
- 2) Que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos.

Cuando la pena que hubiere podido imponerse por el delito cometido no fuere privativa de libertad, el juez sólo podrá acordar alguna o algunas de las medidas previstas siguientes:

a) medidas privativas de libertad:

- El internamiento en centro psiquiátrico.
- El internamiento en centro de deshabitación.
- El internamiento en centro educativo especial.

b) medidas no privativas de libertad:

- La inhabilitación profesional.
- La expulsión del territorio nacional de extranjeros no residentes legalmente en España.
- La libertad vigilada.
- La custodia familiar. El sometido a esta medida quedará sujeto al cuidado y vigilancia del familiar que se designe y que acepte la custodia, quien la ejercerá en relación con el Juez de Vigilancia Penitenciaria y sin menoscabo de las actividades escolares o laborales del custodiado.
- La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores.

- La privación del derecho a la tenencia y porte de armas.¹³⁵

Respecto a las medidas privativas de libertad, al sujeto que sea declarado exento de responsabilidad criminal, se le podrá aplicar, si fuere necesaria, la medida de internamiento para tratamiento médico o educación especial en un establecimiento adecuado al tipo de anomalía o alteración psíquica que se aprecie, o cualquier otra de las medidas previstas en el apartado 3 del artículo 96. El internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si hubiera sido declarado responsable el sujeto, y a tal efecto el Juez o Tribunal fijará en la sentencia ese límite máximo.¹³⁶

En el caso de la libertad vigilada el condenado deberá cumplir la pena a través de las siguientes medidas:

- a) La obligación de estar siempre localizable mediante aparatos electrónicos que permitan su seguimiento permanente.
- b) La obligación de presentarse periódicamente en el lugar que el Juez o Tribunal establezca.
- c) La de comunicar inmediatamente, en el plazo máximo y por el medio que el Juez o Tribunal señale a tal efecto, cada cambio del lugar de residencia o del lugar o puesto de trabajo.
- d) La prohibición de ausentarse del lugar donde resida o de un determinado territorio sin autorización del Juez o Tribunal.
- e) La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.
- f) La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.
- g) La prohibición de acudir a determinados territorios, lugares o establecimientos.

¹³⁵ Código Penal Español. Artículo 95 y 96. 2023. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>

¹³⁶ Código Penal Español. Artículo 101. 2023. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>

- h) La prohibición de residir en determinados lugares.
- i) La prohibición de desempeñar determinadas actividades que puedan ofrecerle o facilitarle la ocasión para cometer hechos delictivos de similar naturaleza.
- j) La obligación de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual u otros similares.
- k) La obligación de seguir tratamiento médico externo, o de someterse a un control médico periódico.¹³⁷

Capítulo IV. Jurisprudencia relevante entorno penas sustitutivas en Chile.

En este capítulo, se realizará un análisis de la Jurisprudencia nacional, entorno a las penas sustitutivas, con el fin de obtener el razonamiento y diferentes puntos de vistas de los tribunales del país, especialmente en Cortes de Apelaciones y Corte Suprema, mediante recursos de apelación, amparo, nulidad y otros.

A pesar de que los procesos y sentencias son públicas, en algunos casos, respecto a la identidad de los imputados o intervinientes en los procesos se guardara reserva de algunos por asuntos legales y derechos fundamental sobre la publicidad de antecedentes personales privados.

1. ROL: 249-2022- RECURSO DE AMPARO- TRIBUNAL: CORTE DE APELACIONES DE VALDIVIA.

El 29 de noviembre del año 2022, la Corte de Apelaciones de Valdivia se pronunció respecto a un Recurso de Amparo que fue interpuesto en aquel tribunal. Compareció un abogado XXXX, en representación de una imputado que se encuentra privado de libertad en el Centro Penitenciario de Llancahue, quién recurrió de amparo en contra del Juzgado de Garantía de Mariquina y de la Corte

¹³⁷ Código Penal Español. Artículo 106. 2023. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>

de Apelaciones de Valdivia, **por haber rechazado la sustitución de pena de artículo 33 de la Ley 18.216** en causa ROL O-403-2021 por sentencia de fecha 3 de Octubre del año 2022, la cual fue confirmada por esta Corte en causa Rol 1271-2022 mediante resolución de fecha 27 de Octubre de 2022. Refiere que las resoluciones tuvieron como fundamento establecer como exigencia un informe favorable de Gendarmería de Chile, criticando que se le otorgue a un informe un valor de verdad absoluta, lo que **a su entender corrompería el principio de legalidad y juridicidad** que corresponde exclusivamente al Poder Judicial, como es la de resolver la interrupción de la privación de libertad, conforme a lo dispuesto en el artículo 33 ya citado. Analiza el sentido de la ley 18.216 respecto de la **reinserción social**, afirmando que el juez no es un mero “buzón” de la ley y que toda materia legal debe ser resuelta previo debate de los intervinientes, señalando que **el informe de Gendarmería no debe ser vinculante para la decisión de la jurisdicción**. Argumenta que en la historia de la ley 20.603, la cual previene que **la finalidad de la pena mixta es la de disminuir la población penal en casos justificados y dar solución a los condenados que no reúnan los requisitos de la pena sustitutiva**, pero que su excelente comportamiento intrapenitenciario permita la interposición del régimen de libertad vigilada intensiva y que **en ningún caso puede el Tribunal no acoger la solicitud por no contar con informe favorable de Gendarmería de Chile. Concluye su recurso solicitando dejar sin efecto la resolución que rechazó la aplicación de la pena mixta, decretando que en definitiva le sea concedida y sea decretada la libertad vigilada intensiva del saldo de la pena del condenado.**

Posteriormente a estos hechos, se ordenó a la recurrida informar el recurso. Informa el recurso el Juez Guillermo Francisco Olate Aránguiz del Juzgado de Garantía de Mariquina, quién en forma preliminar hace presente que **le sorprende la interposición del presente recurso, en la medida que el acto arbitrario e ilegal que acusa la recurrente tiene su origen en una resolución dictada con fecha 03 de Octubre de 2022, la que fue confirmada por esta Corte**, lo cual desde ya permite el rechazo del recurso interpuesto. Sin perjuicio de lo indicado, se remite a la causa del Tribunal en contra del sentenciado, en la cual se le condenó a la pena

de 301 días de presidio menor en su grado mínimo, en su calidad de autor del delito consumado de conducción de vehículo motorizado en estado de ebriedad. Se refiere después a las anotaciones prontuariales del extracto de filiación y antecedentes del condenado, que contiene cuatro condenas por el delito de conducción de vehículo motorizado en estado de ebriedad y una Quinta por la falta de lesiones leves. Agrega que, **atendido el mérito de estas anotaciones, se hizo imposible, la aplicación de alguna otra pena sustitutiva, por no cumplirse los requisitos legales de ninguna de ellas, rechazándose la petición de la Defensa de aplicar en favor del condenado la pena mixta del artículo 33 de la ley N°18.216, por no cumplirse los requisitos legales.**

Con respecto al informe de Gendarmería, indica que se evidencia que el condenado **tiene tendencia a favor del delito**, viéndose involucrado en ilícitos durante su historia vital, relacionado principalmente con la **conducción de vehículos motorizados en estado de ebriedad estando incluso con prohibición de conducir por encontrarse con licencia para conducir suspendida, observándose una ausencia de juicio crítico del daño ocasionado tanto a él mismo como a su entorno familiar más cercano., estimándose no recomendar el reemplazo de la pena privativa de libertad, por el régimen de libertad vigilada intensiva.** En consecuencia, al haberse agotado los medios legales de impugnación antes que la acción de amparo, al basarse los argumentos del informante en consideraciones fácticas y jurídicas, no transforma su actuar en arbitrario o ilegal, solicitando el rechazo, con costas, de la acción impetrada, acompañando el informe del Centro de Reinserción Social y la sentencia dictada en la causa. Por su parte, la Corte de Apelaciones de Valdivia, los Ministros titulares Sres. Juan Ignacio Correa Rosado, Rodrigo Carvajal Schnettler y el Abogado Integrante Sr. Juan A. Varas Braun, quienes se refieren a los antecedentes del recurso y de la resolución dictada por la Segunda Sala de esta Corte en la causa Rol 1271-2022. Como cuestión previa, los informantes manifiestan que resulta constitucionalmente **dudosa la procedencia del Recurso de Amparo en contra de resoluciones judiciales**, y más aún, de decisiones de la propia Corte de Apelaciones llamada a conocer del amparo, que **puede terminar haciendo**

inoperante el principio de la cosa juzgada, e ilusorio el principio de certeza jurídica, al que podría generar una regresión infinita de recursos de amparo y de apelaciones en cada oportunidad en que se dicta una resolución adversa que afecta la libertad personal. Agregan que **el presente recurso es de esta manera, más bien “una apelación de una apelación” que un recurso constitucional de amparo propiamente tal**. Sobre el fondo, indican que esta fue confirmada por estimar que no es la naturaleza general desfavorable del informe el que debe conocer la Corte, sino que el contenido específico de este, constando en este la clara resistencia del condenado al cumplimiento de medidas alternativas; con alto riesgo de reincidencia, y con ello, el deber de la Corte es representarse las consecuencias de una nueva refracción frente a la pena mixta, lo que hizo imperativo que el propósito resocializador de la condena se satisfaga mediante su cumplimiento efectivo. Respecto al Considerando, la Corte de Apelaciones, dentro de lo más importante del fallo, se destaca lo siguiente:

1° Que el recurso de amparo, previsto en el artículo 21 de la Constitución Política de la República, es una acción constitucional cuyo propósito consiste en obtener de los Tribunales Superiores de Justicia una tutela eficaz y eficiente para salvaguardar la integridad del derecho que la doctrina ha denominado libertad individual.

2° Que, sin perjuicio de lo resuelto en las causas ya individualizadas, la **resolución del Juzgado de Garantía se dictó conforme a derecho**, habiendo ejercido el apoderado del condenado su derecho a recurrir de acuerdo con el procedimiento penal establecido al efecto, de modo que lo resuelto por el Tribunal a quo se ajustó a derecho en su fundamentación. Agrega, que: ***“Lo pretendido entonces con la presente acción de amparo resulta improcedente, por constituir en el hecho un nuevo recurso en contra de lo dictaminado por el Sr. Juez de Garantía, lo que resulta manifiestamente improcedente de acuerdo con la normativa del Código Procesal Penal y las garantías constitucionales del debido proceso”***. En consecuencia, **el Sr. Juez de Garantía no ha incurrido en arbitrariedad ni en ilegalidad alguna y su actuar no ha afectado la libertad personal del condenado**.

Por lo expuesto, normas citadas, y visto, además, lo dispuesto en el artículo 21 de la Constitución Política de la República, **SE RECHAZA** el recurso de amparo

interpuesto por el apoderado del condenado, en contra del Juzgado de Garantía de Mariquina y de la Corte de Apelaciones de Valdivia, por resultar improcedente la acción, como asimismo por no haber incurrido los recurridos en afectación de la libertad del amparado. ¹³⁸

2. ROL: 39-2022 - RECURSO DE APELACIÓN - TRIBUNAL: CORTE DE APELACIONES DE PUNTA ARENAS.

Con fecha 21 de julio del año 2022, en la Corte de Apelaciones de Punta Arenas se produce una sentencia sobre la apelación de una sentencia del del Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Punta Arenas pro el delito de Estafas.

En cuanto a los antecedentes del fallo, el tribunal determina lo siguiente:

1° Que la defensa solicita **se imponga a su representado la pena sustitutiva de remisión condicional** de la pena por reunir los requisitos objetivos y subjetivos necesarios para ello, **estos últimos al no existir antecedentes en contrario.**

2° Que el artículo 4° de la ley 18.216 dispone que **“la remisión condicional podrá decretarse:... c) 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 no volverá a delinquir, y d) Si las circunstancias indicadas en las letras b) y c) precedentes hicieren innecesaria una intervención o la ejecución efectiva de la pena”.**

3° Que la presente Corte de Apelaciones comparte el fallo de los jueces del tribunal a-quo, porque de los antecedentes tenidos a la vista **“al resolver es dable concluir que la arraigada conducta anterior y posterior al hecho punible del acusado así como la naturaleza, modalidades y móviles determinantes del delito de estafa en carácter de reiterado, no permiten presumir que la pena sustitutiva solicitada lo disuadirá de cometer nuevos ilícitos”.**

Enfatiza la Corte que el condenado ha demostrado una conducta “contumaz” de incurrir **en actos de engaño constitutivos de estafas reiteradas en el tiempo,** por lo que **ante el riesgo objetivo y real de nuevos actos de esas**

¹³⁸ ROL: 249-2022- RECURSO DE AMPARO- TRIBUNAL: CORTE DE APELACIONES DE VALDIVIA. Disponible en: <https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/home/index.php>

características, no cumple con los requisitos subjetivos de la pena sustitutiva indicada, estando justificado entonces el cumplimiento efectivo de la pena que fue decretado.

4° Que en consecuencia, **no concurriendo los requisitos legales subjetivos de la pena sustitutiva solicitada, a que se alude en el motivo segundo, sólo cabe confirmar** la resolución.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 364 y siguientes del Código Procesal Penal y 37 de la Ley N° 18.216, **SE CONFIRMA**, en su parte apelada, la sentencia dictada en la causa Rit 183-2021 del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Punta Arenas.¹³⁹

3. ROL: 4129-2022 - RECURSO DE AMPARO - TRIBUNAL: CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO.

Ante la Corte de Apelaciones de Santiago, con fecha 7 de diciembre del año 2022 se resolvió lo siguiente:

1° Que, se ejerció acción constitucional de amparo para impugnar la sentencia dictada por la Segunda Sala de la Itma. Corte de Apelaciones de San Miguel, por medio de la cual, conociendo de un recurso de apelación Rol Ingreso Corte N° Penal-2747-2022, **confirmó** la sentencia de primera instancia que no dio lugar a conceder pena sustitutiva al condenado.

2° Que, según lo establecido en los artículos 21 de la Carta Fundamental y 7.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos, la acción constitucional de amparo tiene como finalidad esencial **controlar la “legalidad”** de eventuales afectaciones o amenazas a la libertad personal y seguridad individual, en términos de verificar que, de mediar, se ajusten a la Constitución y a las leyes.

3° Que, para esos efectos la Carta Fundamental dispone que tal recurso **debe ser conocido “por la magistratura que señale la ley”**, mandato que cumple el **artículo 63 del Código Orgánico de Tribunales**, señalando que **corresponde a las Cortes de Apelaciones conocer en primera instancia de los recursos de**

¹³⁹ ROL: 39-2022 - RECURSO DE APELACIÓN - TRIBUNAL: CORTE DE APELACIONES DE PUNTA ARENAS. Disponible en: <https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/home/index.php>

amparo.

4° Que, por ende, si resulta **que ha sido una Corte de Apelaciones la que expidió la resolución que se cuestiona por este medio, quiere decir que ya se cumplió el objetivo** o propósito de cautela del derecho fundamental.

5° Que, *“no puede pretenderse que la acción de amparo se erija en un instrumento que propicie la revisión anómala e impropia de lo actuado por otro tribunal superior, de igual jerarquía. **Aceptarlo importaría distorsionar tanto la finalidad de la acción de amparo** como la regularidad elemental del procedimiento que la rige”*. Por estas razones, **se declara inadmisibile** la acción constitucional de amparo ejercida.¹⁴⁰

4. ROL: 10335-2017 – RECURSO DE NULIDAD - TRIBUNAL: CORTE SUPREMA. El 2 de mayo del año 2018, el 4° Juzgado de Garantía de Santiago condenó al imputado NN, como autor del delito conducción de vehículo motorizado en estado de ebriedad, en grado de consumado, previsto en el artículo 196 de la Ley 18.290, perpetrado en Santiago, el 14 de mayo de 2017, a sufrir la pena privativa de libertad de 41 días de prisión en su grado máximo, a la pena pecuniaria de multa de un tercio de unidad tributaria mensual, más la accesoria de suspensión de cargo u oficio público mientras dure la condena y la pena especial de suspensión de su licencia de conducir por el término de dos años, sirviéndole de abono el tiempo que estuvo retenida por el Ministerio Público, desde el 14 de mayo de 2017 hasta fecha de dictación del presente fallo. Al condenado **se le aplico la sustitución de la pena corporal impuesta, por un año de remisión condicional** de la misma y se le eximió del pago de las costas de la causa.

En contra de esa decisión la defensa del acusado, interpuso recurso de nulidad, el que se estimó admisible por este tribunal y fue conocido en la audiencia pública del 9 de julio del mismo año.

Sobre los fundamentos de la defensa para la interposición del recurso de nulidad, consisten expresamente en los siguientes: *“Se vulneró el principio de legalidad de*

¹⁴⁰ ROL: 4129-2022 - RECURSO DE AMPARO - TRIBUNAL: CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. Disponible en: <https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/home/index.php>

las penas, contemplado en el artículo 19 N°3 de la Constitución Política de la República, al aplicar una pena accesoria improcedente. Lo anterior, a juicio del recurrente, también infringe el principio pro-reo y el artículo 18 del Código Penal, al aplicar una sanción cuando no existe consagración legal expresa de ella. Asimismo, denuncia la transgresión de la finalidad de la ley 20.603, resaltando la letra c) del artículo 5, referida a la remisión condicional, en cuanto impone al beneficiado la obligación de ejercer una industria, profesión u oficio, que aparece contradictorio con la privación del cargo que el acusado ya posee, provocándole un desarraigo laboral, atendida su calidad de funcionario público.

Finalmente, reprocha una errónea aplicación del derecho, pues el delito contemplado en el inciso primero del artículo 196 de la Ley 18.290, por el cual fue condenado el acusado, no establece expresamente la sanción del artículo 30 del código sustantivo, a diferencia del artículo 196 inciso primero en relación con el artículo 196 ter, ambos de la Ley 18.290, que sí la contempla, de lo que se colige que en el primer caso es improcedente". Y, en el petitorio al tribunal, solicito conjuntamente cuando se acoja, que se anule la sentencia, y cite una nueva audiencia, y separadamente se dicte sentencia de reemplazo que exima al acusado condenado de la accesoria de "suspensión de cargo u oficio público mientras dure la condena" que se le impuso.

- El Tribunal supremo, dentro de su razonamiento previo a resolver la controversia, manifestó que:

La figura típica del delito de conducción de vehículo motorizado en estado de ebriedad, previsto en el artículo 196 de la Ley 18.290, comprende como pena principal la de presidio menor en su grado mínimo, que, en la especie, al haberse acreditado dos circunstancias atenuantes a su favor, se rebajó a la de prisión en su grado máximo, imponiéndole como accesorias la de suspensión de cargo u oficio público, más suspensión de licencia de conducir y multa.

A fin de resolver sobre la pretendida errónea aplicación del derecho, primero se debe acudir al elemento de interpretación gramatical contenido en el artículo 19 inciso 1° del Código Civil, del que se desprende que el artículo 1° de la Ley N° 18.216, a diferencia de la derogada Ley N° 7821, que empleaba la frase "sanción

que imponga la sentencia condenatoria", se refiere exclusivamente a las penas corporales en sus artículos 1, 4, 8, 15 y 28 y no a las penas que afecten otros derechos, como es la suspensión de cargo u oficio público. Refuerza lo anterior lo señalado en el artículo 2° de la misma Ley N° 18.216, que dispone que rige el artículo 398 del Código Procesal Penal tratándose de las faltas, la que se refiere a la *"suspensión de la pena y sus efectos"*, y que en ningún caso a las penas accesorias, se le emplea como artículo "la" y sustantivo "pena", de lo que se colige que **no puede suspenderse lo accesorio de una sanción principal**, pues las penas accesorias del delito no quedan cubiertas por los beneficios de la Ley 18216, sino sólo la principal.

Por otra parte, los fundamentos de la Ley N° 18.216, tienen *"por objeto eliminar la ejecución de penas de corta y mediana duración y ordenar, en su reemplazo, el cumplimiento de algunas de las medidas que prescribe, lo que busca evitar los inconvenientes que presentan las penas privativas de libertad de corta duración, en cuanto no admiten un eficaz tratamiento penitenciario para la rehabilitación del condenado; e intenta beneficiar sobre todo al que delinque por primera vez, y así impedir el padecimiento moral del encierro o de la reducción de su libertad y posibilitar su más rápida reinserción y readaptación para la vida en sociedad"*. Lo anterior permite al juez una mayor flexibilidad para considerar la situación personal del condenado y su realidad, **evitando los efectos desocializadores y criminógenos** de quienes son condenados a las penas privativas de libertad, en especial, para los llamados delincuentes que por primera vez delinquen y los jóvenes especialmente. Así, el propósito del legislador, en ningún caso, fue que los empleados públicos no sean suspendidos del empleo, **sino que evitar el ingreso al sistema penitenciario**. Que, sobre este tema, durante la tramitación del proyecto que dio origen a la Ley N° 20.603, que modificó la Ley N° 18.216, el abogado Jefe de la División de Defensa Social del Ministerio de Justicia expresó en el Senado que *"el proyecto establece un régimen de sustitución de las penas principales de privación de libertad y no de las penas accesorias, por lo que dichas sanciones anexas subsisten, aunque la sentencia decreta una sustitución de la pena principal"*

por una de las enumeradas en este proyecto" (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile." Historia de la Ley N° 20.603).

Que, de la normativa reseñada anteriormente, se puede inferir que el legislador discurre sobre la idea de que **un condenado que recibe una pena sustitutiva, simultáneamente, cumpla las penas accesorias impuestas, pues la circunstancia que se le haya reemplazado la pena corporal por la remisión condicional, no obsta a que deba cumplir la accesoria del artículo 30 del Código Penal, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 76 del mismo cuerpo legal.**

Finalmente, la Corte Suprema al emitir su comunicado fallador señala; "Que en mérito de lo razonado no puede sostenerse que los jueces del fondo han errado en la aplicación del derecho, pues **la pena accesoria impuesta se encuentra comprendida en la ley sustantiva que se ha estimado infringida, razón por la cual el recurso de nulidad será desestimado**

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 342, 373 b), 377 y 384 del Código Procesal Penal, **se rechaza** el recurso de nulidad deducido por la defensa de XXXXXX contra la sentencia de dos de mayo de dos mil dieciocho, del Cuarto Juzgado de Garantía de Santiago y el juicio oral simplificado que le antecedió en el proceso RUC N°1700458062-1 y RIT N°10335-2017, los que, en consecuencia, no son nulos".

Por otro lado, **el Ministro Dolmestch, manifestó su voto en contra** de esta sentencia, con los siguientes argumentos:

1° Que en el presente fallo se condena al recurrente, además, con la pena accesoria de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 30 del Código Penal que **también dispone que la pena de prisión lleva consigo**, también, la señalada accesoria;

2° Que, si bien ello es efectivo, como lo es también que las leyes modificatorias de las penas alternativas y después sustitutivas no contemplan alteración formal, no lo es menos finalmente que, *"el que su aplicación conduce al absurdo, perjudicando abiertamente a quien se pretende favorecer, por la vía de estimular su recuperación"*. Tal situación se produce, seguramente, por las diferencias de

tiempo en que se concibieron y dictaron las distintas legislaciones, esto es, la citada norma del Código Penal y la ley sobre penas sustitutivas, por lo que bien pudo no advertirse los efectos de una y otra;

3° Respecto a la colisión que se produce al exigir como condición de cumplimiento de la pena por la vía de la remisión condicional el que el condenado acredite desempeñar un oficio o actividad laboral que le permita su manutención. Sin embargo, si se aplica la disposición del artículo 30 del Código Penal, en este preciso caso, se **priva al recurrente de esta posibilidad, pues éste tiene un cargo u oficio público estable, del cual quedaría transitoriamente desprovisto** y también incumplido del requisito contemplado en el artículo 5° letra c) de la Ley N° 18.216;

4° Esta incompatibilidad **hace imposible cumplir con la idea central de la ley que, aspira a la rehabilitación del sentenciado y “claramente le perjudica desde todo ángulo”**, situación está que no puede concretarse en una sentencia judicial. Finalmente indica *“Es por ello que este juez es del parecer que no puede aplicarse la pena accesoria del artículo 30 ya señalado y que ha sido el fundamento básico del recurso en estudio y, por lo que, de ese modo, debiera anularse la sentencia por la infracción legal denunciada y dictarse sentencia de reemplazo que declare no aplicable la varias veces citada accesoria legal”*.¹⁴¹

5. ROL: 18532-2022 – APELACIÓN DE RECURSO DE AMPARO - TRIBUNAL: CORTE SUPREMA.

· Antecedentes previos:

El 3 de Junio del año 2022 se fallo una apelación de un recurso de amparo, interpuesto inferiormente ante la Corte de Apelaciones de Talca, que como antecedentes previos relevantes:

Que, con fecha 23 de mayo del 2022, compareció ante la Corte de Apelaciones de Talca el Defensor Penal Público Penitenciario, en representación del condenado xxxxx, que se encontraba privado de libertad en el Centro de Cumplimiento

¹⁴¹ ROL: 10335-2017 – RECURSO DE NULIDAD - TRIBUNAL: CORTE SUPREMA. Disponible en: <https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/home/index.php>

Penitenciario de Curicó, quien de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21 de la Constitución Política de la República, dedujo acción constitucional de amparo, en contra de la resolución de la Comisión de Libertad Condicional de fecha 19 de abril del año en curso, que **rechazó por unanimidad la postulación a Libertad Condicional del amparado.**

Sostiene que el amparado se encuentra recluso en Centro de Cumplimiento Penitenciario de Curicó, cumpliendo condena de 4 años por el delito de Robo con fuerza en lugar habitado, 3 días por multa de pena sustitutiva en causa RIT 4231-2019, 3 días por multa de pena sustitutiva en causa RIT 823-2019, todas impuestas por el Juzgado de Garantía de Linares.

Agrega, que, de acuerdo a la información entregada por Gendarmería de Chile, su representado **registra más de siete bimestres de muy buena conducta**, iniciando su condena el 28 de abril 2019, cumpliendo la misma el 28 de abril 2023. Asimismo, **adquirió el derecho a postular el 28 de diciembre 2021.** Por lo anterior, **cumple a cabalidad todos los requisitos legales y reglamentarios fijados por el Decreto Ley 321 y su Reglamento.**

Señala, que la Comisión de Libertad Condicional rechazó otorgar el beneficio fundado en que no cumple con todos los requisitos legales, en particular los referidos en el artículo 2° número 3 del D.L. 321. Sin embargo, la resolución de rechazo no fue acertada, ya que, desconoce los progresos y avances que se exponen y que constan en el informe remitido por Gendarmería de Chile, entre ellos, que el amparado forma parte del programa para personas privadas de libertad, se le aplica el Instrumento para la Gestión de Caso Intervención (IGI) obteniendo 31 puntos con nivel de riesgo muy alto de reincidencia, se reapplica instrumento en septiembre del 2021, donde obtiene 24 puntos disminuyendo a riesgo alto; tiene 2 hijos, quienes se encuentran con la madre de los menores con quienes tiene buena relación proyectándose a retomar vínculo con los menores, siendo ellos su motivación de cambio, recibe el apoyo de su madre quien es jefa de hogar, en la ciudad de Linares que sería el lugar donde cumpliría el beneficio; se encuentra con la educación media completa la que finaliza en CCP Linares el 2014; estando en la unidad se encuentra cumpliendo funciones en panadería dentro del CET Cerrado

en proceso de adquisición de conocimientos del oficio, proyectándose en trabajos de este rubro siendo un plan de vida alcanzable considerando que cuenta con los conocimientos; se encuentra ingresado al Centro de Tratamiento en Adicciones estando en etapa preparación de egreso; y de acuerdo al Enfoque Motivacional del Cambio de Prochaska y DiClemente, PPL actualmente se encuentra en Etapa de Acción debido a estar ejecutando actividades que propician un cambio en su estilo de vida. Por tanto, se deje sin efecto la resolución de 19 de abril 2022 suscrita por la Comisión de Libertad Condicional, por medio de la cual rechaza la Libertad Condicional de su representado, decretando, en definitiva, que se le conceda dicha libertad.

Ante ello, el Juez de Garantía de Talca; don Humberto Paiva Passero, compareció evacuando un informe, con los siguientes antecedentes:

Señala, que la resolución respecto de la cual se recurre, se funda en el informe Técnico de Postulación Psicosocial elaborado por Gendarmería de Chile, del cual consta que el postulante forma parte del programa para personas privadas de libertad, quien logra **reducción del nivel de riesgo de 31 (muy alto) a 24 (alto)**. Además, adquiere conocimientos en la capacidad resolutive de conflictos y problemáticas de la vida cotidiana, obtiene logro parcial de los objetivos al igual que el taller control de la ira, mientras que los talleres identificaciones de situaciones y características personalógicas que favorecen el comportamiento impulsivo, así como en área uso de tiempo libre prestación DRAC (música), identidad delictual, talleres asociación a pares infractores de ley, obtiene logro total de los objetivos. Aún le resta por intervenir el taller habilidades de la comunicación efectiva y taller dilemas morales, para así dar por finalizado el plan de intervención. Dichas intervenciones se encuentran pendiente de realizar debido a cuarentena COVID-19 en la unidad penal. De importancia señalar que postulante se encuentra ingresado al Centro de Tratamiento en Adicciones estando en etapa preparación de egreso. De acuerdo al Enfoque Motivacional del Cambio de Prochaska y DiClemente, postulante actualmente se encuentra en Etapa de Acción debido a estar ejecutando actividades que propician un cambio en su estilo de vida. **Postulante si bien reconoce participación y comisión del delito, así como el daño y mal causado**

a las víctimas, tiende a la minimización de los hechos. En este sentido, la Comisión estima que presentando, además, un alto compromiso delictual, un riesgo de reincidencia general alto y careciendo de beneficios intrapenitenciarios, entendidos como privilegios connaturales para la reinserción social progresiva del interno producto de su participación en actividades que le son inherentes... el peticionario no cumple con los presupuestos fácticos esenciales para reinsertarse adecuadamente en la sociedad y del otorgamiento del beneficio de libertad condicional.

Expone, que como se evidencia de la resolución indicada previamente, para resolver de ese modo se tuvo en consideración el texto expreso del aludido **artículo 2 N° 3 del decreto ley N° 321 en cuanto indica en su numeral tercero, que se debe “Contar con un informe de postulación psicosocial elaborado por un equipo profesional del área técnica de Gendarmería de Chile, que permita orientar sobre los factores de riesgo de reincidencia, con el fin de conocer sus posibilidades para reinsertarse adecuadamente en la sociedad. Dicho informe contendrá, además, los antecedentes sociales y las características de personalidad de la persona condenada, dando cuenta de la conciencia de la gravedad del delito, del mal que éste causa y de su rechazo explícito a tales delitos”.**

Agrega, que la libertad condicional es un modo de cumplir en libertad, bajo determinadas condiciones. Dicha forma de cumplimiento, es entendida por el legislador como una “recompensa”, **debiendo el sentenciado demostrar que se encuentra corregido y rehabilitado para la vida social, tal como lo disponen los artículos 1 y 2 del Decreto Supremo.** En consecuencia, para determinar si un condenado se encuentra o no en condiciones de reinsertarse socialmente, resulta vinculante para la Comisión, realizar un análisis del contenido del informe psicosocial y no limitarse a cotejar únicamente que se emitió, de ser así, se desatenderían los principios que sustentan esta forma de cumplimiento.

Ante estos antecedentes la Corte fallo de la siguiente manera:

Considerando que la Comisión obró dentro de la esfera de sus atribuciones legales y en base a los antecedentes personales del amparado. Por su parte, **la negativa**

a otorgarle el beneficio de la libertad condicional se ajusta a los parámetros legales y reglamentarios, de modo que no existe un acto ilegal, atribuible a la Comisión referida, que afecte de manera indebida el derecho a la libertad personal y la seguridad individual del amparado.

Por estas consideraciones, visto, además, lo dispuesto en el artículo 21 de la Constitución Política de la República y Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema, sobre la materia, se declara que **SE RECHAZA** la acción constitucional de amparo.

- Ante estos antecedentes la Excelentísima **Corte Suprema**, mediante apelación, determino lo siguiente:

1° Que el informe psicosocial de Gendarmería de Chile, elaborado en cumplimiento de la normativa legal aplicable, **no refiere antecedentes categóricos** que permitan orientar sobre factores de riesgo de reincidencia del amparado, que impidan reconocer su posibilidad de reinsertarse a la sociedad al momento de postular a libertad condicional conforme lo expresa el Decreto Ley 321, en el texto actual de su artículo 2, N° 3.

2° Que **aparece de manifiesto que respecto del recurrente se reúnen los requisitos exigidos por el Decreto Ley 321 para la concesión de libertad condicional, y de conformidad además con lo dispuesto en el artículo 21 de la Constitución Política de la República, se revoca la sentencia apelada**, dictada por la Corte de Apelaciones de Talca en el Ingreso Corte N° 137-2022 y, en su lugar, se declara que **se acoge el recurso de amparo interpuesto** en favor del condenado, **dejándose sin efecto la resolución dictada por la Comisión de Libertad Condicional** reunida en sesión del primer semestre del año en curso, y **se le reconoce el derecho a la libertad condicional**.¹⁴²

6. ROL: 8548-2022 – APELACIÓN RECURSO DE AMPARO - TRIBUNAL: CORTE SUPREMA.

- Antecedentes previos:

¹⁴² ROL: 18532-2022 – APELACIÓN DE RECURSO DE AMPARO - TRIBUNAL: CORTE SUPREMA. Disponible en: <https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/home/index.php>

Ante la Corte de Apelaciones de Antofagasta, con fecha 7 de marzo del año 2022, compareció el abogado, Defensor Penal Público Licitado de Migrantes y Extranjeros, quien dedujo acción de amparo constitucional preventivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21 inciso final de la Constitución Política de la República, en contra del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, **por haber dispuesto la expulsión del país de manera ilegal y arbitraria del amparado, solicitando se deje sin efecto la resolución recurrida.**

Funda el recurso en que el amparado ingresó de manera regular a Chile, en el año 2010, con visa consular de turismo, desde su país de origen, Colombia, obteniendo permiso de permanencia definitiva en septiembre del año 2013.

Refiere que con fecha 05 de diciembre de 2017, por sentencia definitiva del 7° Juzgado de Garantía de Santiago en causa RIT 3942-2017, el amparado fue condenado a cumplir dos penas (sic) de 4 años de presidio menor en su grado máximo, con el beneficio de la libertad vigilada intensiva como autor del delito de tráfico ilícito de drogas. Logrando el cumplimiento satisfactorio del beneficio lo que fue informado por el Centro de Reinserción Social de Gendarmería con fecha 07 de junio de 2019.

Señala que, no obstante, aquello, en el año 2021 el actor toma conocimiento que existe un decreto de expulsión en su contra. Sostiene que, en la actualidad, el amparado trabaja como independiente en el ámbito de la construcción y albañilería, y es socio en la empresa L y F Ltda. Manteniendo una relación de pareja, desde hace 14 años, que tiene residencia definitiva en Chile, de cuya relación nacieron 3 hijos. Expulsión que solo considera como argumento la condena que el amparado registra como autor del delito consumado de tráfico ilícito de droga, sin contener los motivos de hecho y derecho en que se funda. Vulnerando, además, el valor constitucional de protección de la familia, previsto en el artículo 1° de la Constitución Política de la República, por lo que solicita se deje sin efecto la orden de expulsión. Por otro lado, la abogada, del Servicio Nacional de Migraciones solicitó el rechazo del recurso. Expone que mediante Resolución Exenta N° NUM001 de fecha 06 de septiembre de 2013, se otorgó al amparado Permiso de Permanencia Definitiva. Siendo efectivo que, mediante sentencia condenatoria, de fecha 05 de diciembre de

2017, dictada por el Juzgado de Garantía de San Bernardo, en causa RIT 3942-2017, el extranjero fue condenado a una pena única de 4 años de presidio menor en su grado máximo, inhabilitación perpetua para derechos políticos y de la inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, como autor del delito consumado de tráfico ilícito de drogas, sustituyendo la pena por la libertad vigilada.

Indica que mediante oficio N° NUM002 de 20 de febrero de 2018 se solicitó al extranjero que remita antecedentes de la condena, certificado de cumplimiento de esta, antecedentes de vínculos familiares en Chile y antecedentes que acrediten el sustento económico, sin remitir antecedente alguno.

De esta manera, a consecuencia de la condena referida, se procedió a dictar el Decreto Exento N° NUM003 de 27 de agosto de 2018, que dispone la expulsión

del extranjero del país, al encontrarse en aquella conducta descrita en el artículo 17 del Decreto Ley N° 1.094, en relación con lo dispuesto en el artículo 15 N° 2 del mismo Decreto. En este sentido, anteriormente con fecha 05 de febrero de 2019, el actor recurre de amparo ante la misma Corte, solicitando se deje sin efecto el Decreto de Expulsión. Recurso rechazado con fecha 01 de marzo de 2019 y confirmada por la Excelentísima Corte Suprema con 11 de marzo de 2019.

Concluye que ha actuado con estricto apego a la Constitución, derecho internacional y a las normas dictadas conforme a ella, no existiendo acción u omisión arbitraria o ilegal por parte de esa autoridad que prive, perturbe o amenace el legítimo ejercicio del recurrente respecto de las garantías invocadas.

Respecto a estos antecedentes la Corte, se pronunció, señalando que, el decreto de expulsión impugnado, emanado de la autoridad administrativa, **se ajusta a la normativa legal vigente a la fecha de su dictación y se encuentra debidamente fundado**, dada la condena que se impuso al actor por sentencia firme y ejecutoriada. En este sentido, la norma del artículo 32 N° 5 de la Ley N° 21.325, al establecer las prohibiciones de ingreso imperativas, reguló las situaciones del presente caso, al disponer que; "**Se prohíbe el ingreso al país a los extranjeros que: "5. Hayan sido condenados en Chile o en el extranjero, o se encuentren**

en procesos judiciales pendientes en el extranjero informados por la Organización Internacional de Policía Criminal (INTERPOL) o por los organismos de justicia con que Chile tiene convenios, por los delitos de tráfico ilícito de estupefacientes o de armas, lavado de activos, tráfico ilícito de migrantes o trata de personas, trata de personas según lo dispuesto en el artículo 411 quáter inciso segundo del Código Penal, lesa humanidad, genocidio, tortura, terrorismo, homicidio, femicidio, parricidio, infanticidio, secuestro, sustracción o secuestro de menores considerando lo prescrito en el artículo 141 inciso quinto e inciso final del Código Penal, robo con intimidación o violencia, robo con homicidio y robo con violación; la comercialización, producción, importación, exportación, distribución, difusión, adquisición, almacenamiento o exhibición de material pornográfico, cualquiera sea su soporte, donde se utilice menores de edad; aquellos contemplados en los párrafos V y VI del Título séptimo y en los artículos 395, 396 y 397 numeral 1º, todos del Libro II del Código Penal."

En consecuencia, la medida de expulsión **no puede calificarse de ilegal ni atentatoria al derecho a la libertad personal y seguridad individual del recurrente**, desde que, registrando condena en Chile por el delito de **tráfico ilícito de estupefacientes**, y citado a comparecer ante la autoridad migratoria para presentar antecedentes de su situación familiar y económica, no compareció, por tanto, solo se debe **rechazar** el presente recurso. Por estas consideraciones y visto además lo dispuesto en los artículos 19 N° 7 y 21 de la Constitución Política de la República, y Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema del 19 de diciembre de 1932, sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Amparo, **SE RECHAZA**, el recurso de amparo deducido.

- Ante estos antecedentes la Excelentísima **Corte Suprema**, mediante apelación, determino lo siguiente:

El 25 de Marzo del año 2022, el tribunal supremo del país, señalo lo siguiente:

1º Que la sustitución de la pena de presidio por libertad vigilada, podría lograrse la rehabilitación del amparado en libertad, y en ese orden, "*no resulta razonable que el Estado inste por el cumplimiento de la pena en libertad del imputado, con el objeto de conseguir de ese modo su resocialización, para que, a renglón seguido, una vez*

cumplida totalmente, la autoridad administrativa le imponga el abandono del país”. Por tanto, no resultaba suficiente sustento para decretar dicha medida.

2° Que, por otra parte, igualmente se ha considerado que **no se tienen antecedentes ni se ha esgrimido por la autoridad administrativa que desde entonces haya incurrido en el mismo u otro ilícito.**

3° Que, en consecuencia, **los fundamentos presentados por la autoridad administrativa carecen de razonabilidad y proporcionalidad** y, sopesando la afectación que ello genera en el derecho a la libertad personal del amparado, garantizado por la Constitución Política de la República, **es motivo suficiente para acoger la acción intentada.** Y visto además lo dispuesto en el artículo 21 de la Constitución Política de la República, **se revoca la sentencia apelada** dictada por la **Corte de Apelaciones de Antofagasta** y, en su lugar, **se declara que se acoge** la acción de amparo interpuesta y, consecuentemente, **se deja sin efecto el Decreto Exento N° 1842 de 27 de agosto de 2018 dictado por el Ministerio del Interior y Seguridad Pública que ordena el abandono del país.** Acordada con el **voto en contra de los Ministros Sr. Valderrama y Sra. Letelier**, quienes estuvieron por confirmar la sentencia en alzada en virtud de sus propios fundamentos.¹⁴³

7. ROL: 41757-2021 – RECURSO DE NULIDAD - TRIBUNAL: CORTE SUPREMA. El 31 de dicimembre del año 2021, se presentó un recurso de nulidad ante la Corte Suprema, por motivos de la sentencia del 31 de mayo, emanado del RIT 41757-2021, del Juzgado de Letras y Garantía de Panguipulli, que condeno a un individuo, en calidad de autor de delito consumado de amenazas no condicionales, en contexto de violencia intrafamiliar, perpetrado el día 23 de abril del año 2020, a la pena de 400 días de presidio menor en su grado mínimo y accesorias legales. Se le impusieron las accesorias especiales establecidas en el artículo 9º, letras b) y c) de la Ley 20.066. Asimismo, se dispuso el cumplimiento efectivo de la pena privativa

¹⁴³ ROL: 8548-2022 – APELACIÓN RECURSO DE AMPARO - TRIBUNAL: CORTE SUPREMA. Disponible en: <https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/home/index.php>

de libertad. La defensa del acusado dedujo recurso de nulidad contra la indicada sentencia, bajo los fundamentos siguientes:

1° Se cimenta en la causal de nulidad establecida en el artículo 373, letra a) del Código Procesal Penal. Expone que, la infracción de garantías que denuncia, guarda relación **con la vulneración del derecho al debido proceso**, mediante la infracción de los derechos garantizados en el artículo 19, N° 3 de la Constitución Política de la República, y la transgresión de los artículos 6 y 7 de dicha Carta Fundamental, al artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, al artículo 14, N° 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo 8, N° 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y, los artículos 1° y 8° del código adjetivo. Explica que, en el motivo decimocuarto de la sentencia que impugna, **el tribunal negó lugar a la sustitución de la pena**, debido a una condena como autor por el delito de robo con violencia, en función a que no fue cumplida con, a lo menos, diez años de anticipación a la fecha de comisión del delito investigado. Sin embargo, sostiene que, en la audiencia de juicio no se ofreció antecedente ni medio de prueba que diera cuenta de antecedentes relacionados con la condena anterior, en base a la cual el Tribunal de Garantía **negó lugar al otorgamiento de la pena sustitutiva** pedida por la defensa, en relación a **información obtenida en forma privada, fuera de audiencia, y sin que la defensa fuera oída en relación a su incorporación. Lo anterior se traduce en una infracción y/o transgresión flagrante de las normas sobre las cuales descansa un proceso justo y legalmente tramitado**, así como a **los principios de contradicción, imparcialidad y pasividad del juzgador. La obtención de pruebas o antecedentes no aportados por los intervinientes, y sin mediar debate previo respecto de ellos, conducen a la imposición de una pena privativa de libertad como consecuencia de la no concesión de la pena sustitutiva de reclusión parcial domiciliaria**, por lo que pide invalidar la sentencia y el juicio, disponiéndose una nueva audiencia de juicio oral simplificado.

2° En relación al punto abordado en el recurso de nulidad, el fallo señaló en su motivo decimocuarto que, "*atendido que el imputado fue anteriormente condenado por crimen de robo con violencia, y que la pena por dicho ilícito no fue cumplida con*

a lo menos diez años de anticipación a la fecha de comisión del delito por el cual resulta condenado en el presente acto jurisdiccional, resulta que conforme lo prescrito en el artículo 8 letra b) de la Ley 18.216, **la pena sustituta de reclusión parcial es improcedente**, de forma tal que no se hará lugar a ello. Asimismo, atendida la cuantía de la pena a imponer en la especie, resulta también improcedente la sustituta de prestación de servicios en beneficio de la comunidad. En consecuencia, se ordenará el cumplimiento efectivo de la pena corporal".

3° Que, analizando la causal, **aparece un elemento de convicción que no pudo ser controlado, observado ni conocido por la defensa, sin poder ser oída al respecto, lo que en concepto del recurrente vulnera las garantías constitucionales referidas a su derecho a un debido proceso, específicamente en lo que dice relación con los principios de contradicción, imparcialidad y pasividad del juzgador penal.**

4° Que tal como ha tenido oportunidad de señalar este Tribunal (entre otros, en SCS Nº s 7.331-2013, de 24 de octubre de 2013; 17.125-2013, de 11 de marzo de 2014; y, 8.644-2014, de 19 de junio de 2014), constituye un derecho asegurado por la Constitución Política de la República el que toda decisión de un órgano que ejerza jurisdicción se funde en un proceso previo legalmente tramitado, y el artículo 19, Nº 3, inciso sexto de esa Carta Fundamental, confiere al legislador la misión de definir siempre las garantías de un procedimiento racional y justo. Es así como la nulidad, en tanto constituye una sanción legal, supone un acto viciado y una desviación de las formas de trascendencia sobre las garantías esenciales de una parte en el juicio, en términos que se atente contra las posibilidades de actuación de cualquiera de los intervinientes en el procedimiento.

*"Que, del mérito de los antecedentes, resulta inconcuso que la actuación del tribunal que ha sido reprochada, **puso al imputado en una situación desventajosa o desfavorable**, ya que incorporó de oficio antecedentes que no fueron hechos valer por la parte acusadora en aval de su teoría del caso, como se advierte de la lectura de la propia sentencia, dado que el ente persecutor incorporó otros antecedentes de menor entidad, como se aprecia de la enumeración efectuada en la motivación duodécima del fallo en estudio. La incorporación de oficio, por parte del tribunal, del*

extracto de filiación y antecedentes, no solicitado ni incorporado por los intervinientes, excede el ámbito de aplicación del artículo 343, inciso final del código adjetivo que establece que, "tratándose de circunstancias ajenas al hecho punible, y los demás factores relevantes para la determinación y cumplimiento de la pena, el tribunal abrirá debate sobre tales circunstancias y factores, inmediatamente después de pronunciada la decisión a que se refiere el inciso primero y en la misma audiencia. Para dichos efectos, el tribunal recibirá los antecedentes que hagan valer los intervinientes para fundamentar sus peticiones, dejando su resolución para la audiencia de lectura de sentencia".

Que, en base a lo anterior, es dable concluir que dentro de las circunstancias que argumentaron los intervinientes para los efectos de determinar la pena a imponer y su cumplimiento, no se contempló la incorporación del extracto de filiación y antecedentes del imputado, sino que el tribunal optó por su obtención fuera de audiencia, para así apoyar su decisión, sin abrir al respecto el debate necesario para que los intervinientes pudieran ser oídos.

Por tanto, el Juzgado de Letras y Garantía de Panguipulli, incurrió en una vulneración de las garantías constitucionales que aseguran el respeto al debido proceso al incorporarse un elemento de convicción que, necesariamente, debió ser incorporado por los intervinientes, previo debate, en la audiencia del artículo 343, inciso final del Código Procesal Penal, todo lo cual configura la causal propuesta en autos, vicio que aparece revestido de la relevancia necesaria para acoger el remedio procesal sustentado en la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, que sólo es reparable por la declaración de nulidad del juicio oral y la sentencia objetada. Por estas consideraciones y de acuerdo también a lo establecido en los 373, letra a), 376, 384 y 386 del Código Procesal Penal, se acoge el recurso promovido por la defensa del condenado y, en consecuencia, se invalida la sentencia del Juzgado de Letras y Garantía de Panguipulli, como asimismo el juicio oral que le sirvió de antecedente, y se repone el procedimiento al estado de celebrarse un nuevo juicio en contra del imputado, ante el tribunal competente y no inhabilitado que corresponda. Acordado con **el voto en contra de la Ministra Sra. Letelier**, quien fue del parecer de rechazar el recurso toda vez que, no logra visualizarse la concreta

y determinante repercusión de lo reclamado, toda vez que, para los efectos de poder aplicar una pena sustitutiva en la Ley 18.216, deben verificarse los requisitos dispuestos para su otorgamiento. En ese orden de ideas, el tribunal utilizó la información existente en el Servicio de Registro Civil e Identificación a fin de obtener el extracto de filiación y antecedentes del sentenciado, por lo que al resolver la procedencia o no respecto a la pena sustitutiva impetrada por la defensa, necesariamente debió consultarse dicho registro, lo que no puede estimarse como constitutivo de una vulneración al debido proceso en relación al derecho a ser juzgado por un juez imparcial, por cuanto **“la aplicación de penas sustitutivas corresponde a una labor jurisdiccional, fundado en normas imperativas para el sentenciador”** y, en tales condiciones, debió ser desestimado.¹⁴⁴

8. ROL: 82407-2021 – APELACIÓN RECURSO DE AMPARO - TRIBUNAL: CORTE SUPREMA.

· Antecedentes previos:

En la Corte de Apelaciones de Santiago, la Defensora Penal Pública, en representación del condenado, venezolano, privado de libertad en el C.D.P. de Puente Alto, en causa RIT N° 7211-2020, dedujo acción constitucional de amparo en contra del 9° Juzgado de Garantía de Santiago, por haber dictado la resolución de 21 de septiembre del año 2021, que mantuvo la privación de libertad del amparado, accediendo a brindarle un plazo adicional para que el Ministerio del Interior, pueda proceder a su expulsión, conforme al artículo 34 de la Ley N° 18.216. Expone que el amparado fue condenado en procedimiento abreviado, a la pena de 3 años y un día de presidio menor en su grado máximo, más accesorias legales, por el delito de robo con intimidación, disponiéndose a petición de la defensa, la pena sustitutiva de expulsión del territorio nacional, fijándose un plazo de 90 días para su ejecución, manteniéndose en el intertanto al amparado en el Centro de Detención Preventiva de Puente Alto.

¹⁴⁴ ROL: 41757-2021 – APRECURSO DE NULIDAD - TRIBUNAL: CORTE SUPREMA. Disponible en: <https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/home/index.php>

Refiere que una vez ejecutoriada la sentencia condenatoria, se ofició tanto al Departamento de Extranjería del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, como al Departamento de Extranjería de la Policía de Investigaciones, para que implementara dicha sustitución en el plazo establecido, sin embargo, en audiencia de revisión de la privación de libertad del amparado, considerando que el plazo de 90 días estaba próximo a vencer sin haber gestiones por parte del Ministerio del Interior, el tribunal recurrido mantuvo dicha privación de libertad y además accedió a la petición del Ministerio del Interior de extender el plazo en 45 días más. **Cuestiona que el amparado permanezca recluido sin estar sujeto actualmente a una medida cautelar ni estar condenado a un régimen privativo de libertad que lo justifique. En definitiva, considera que mientras la expulsión no se materialice, existe una prolongada e ilegal privación de libertad, en evidente contradicción a lo perseguido por la Ley N° 18.216.** Solicita se adopten las medidas necesarias para restablecer el imperio del derecho, especialmente se deje sin efecto la resolución impugnada y, en definitiva, se ordene **la sustitución de la privación de libertad del amparado por una medida de arresto domiciliario** hasta que se concrete la expulsión del país, o en su defecto la que determine esta Corte de Apelaciones.

Ante estos antecedentes, doña Soledad Orellana Pino, Jueza del 9° Juzgado de Garantía de Santiago, informa que se reconocen abonos desde el 15 de agosto de 2020 y hasta el día que se proceda a la expulsión definitiva. Además, consta en ella que la defensa renunció a los recursos legales para reclamar, conformándose con que estuviera vigente la medida cautelar de prisión preventiva hasta la expulsión. Explica que, para solicitar el aumento del plazo de 90 días para la expulsión, se alegó por el Ministerio Público y por el Ministerio del Interior la imposibilidad de dar cumplimiento a aquel por entorpecimiento, consistente en el cierre de fronteras por pandemia Covid 19. En efecto, Venezuela mantendría su frontera cerrada y sin comunicaciones con nuestro país. **Finalmente, indica que la medida cautelar decretada tiene por objeto asegurar los fines del procedimiento, en este caso, que se concrete la expulsión del país del sentenciado de origen venezolano,**

quien de quedar en libertad podría eludir el cumplimiento de la sentencia y no regresar a su país.

Por otro lado, señala que los artículos 34 de la Ley N° 18.216 y 49 inciso 2° de su Reglamento **no establecen un plazo perentorio para llevar a efecto la expulsión de los extranjeros a quienes se les sustituye la pena privativa de libertad, existiendo silencio** de ley.

Ante todos los antecedentes expuestos, la Corte de Apelaciones estimo compartir los argumentos de la Jueza de Garantía porque resolvió conforme a sus facultades y con estricta sujeción a la ley vigente, por cuanto reuniendo el sentenciado los requisitos del artículo 34 de la Ley N° 18.216, se le sustituyó la pena privativa impuesta por la expulsión del territorio nacional y la prohibición de ingresar al país por un plazo de diez años, debiendo concretarse su ejecución y cumplimiento a contar de que la sentencia quede firme y ejecutoriada. Asimismo, en el intertanto se materialice la referida expulsión, se dispuso que el sentenciado permanecerá en prisión preventiva. Que, de acuerdo a la norma, desde que fuere decretada la medida de expulsión hasta su efectiva materialización o ejecución, los condenados deben permanecer en el régimen de “internación” en Gendarmería de Chile, de acuerdo a lo previene el artículo 11 del Decreto N° 518 del Ministerio de Justicia de 21 de agosto de 1998 -Reglamento de Establecimientos Penitenciarios.

Por consiguiente y en razón a lo antes expuesto, se verifica que en el presente caso no existe ningún acto ilegal que sea necesario enmendar por medio de este recurso de amparo atribuible a la señora Jueza de Garantía, Por estas consideraciones, se rechaza el recurso de amparo deducido en favor del condenado.

- Ante estos antecedentes la Excelentísima **Corte Suprema**, mediante apelación, determino lo siguiente:

El 5 de noviembre del 2021, el tribunal supremo produjo la sentencia de alzada, argumentado que:

1° Que, la internación dispuesta en **el artículo 34 de la Ley N° 18.216 importa una forma de asegurar el cumplimiento de la pena sustitutiva de expulsión, la cual debe materializarse en un plazo determinado o determinable.**

2° Que, la falta de certeza en cuanto a la imposibilidad de llevarla a cabo, conforme

a lo informado por el Ministerio del Interior y Seguridad Pública, **aparece como desproporcionada para los fines perseguidos por el legislador**, por cuanto la **privación de libertad aludida debe resultar del todo temporal y determinada**, dejando una **incertidumbre que vulnera la libertad personal de los amparados**, razón por la cual se **acogerá** la acción de amparo en los términos que se señalará. Por tanto, según lo dispuesto en el artículo 21 de la Carta Fundamental, **se revoca** la sentencia apelada, solo en cuanto el Juzgado de Garantía de Santiago deberá citar a los intervinientes y a las entidades involucradas en la materialización de la pena sustitutiva.¹⁴⁵

9. ROL: 38983-2021 – RECURSO DE NULIDAD – TRIBUNAL: CORTE SUPREMA. Con fecha 23 de diciembre del año 2021, se sentencio de nulidad una resolución emanada del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar, en causa RIT N° 288-2020, por sentencia 25 de mayo del mismo año, que en procedimiento ordinario condenó al imputado, a cumplir la pena de 540 y 1 día de presidio menor en su grado medio, multa y accesorias legales, como autor del delito de tráfico de drogas en pequeñas cantidades, previsto en el artículo 4 en relación al 1 , de la Ley N° 20.000, cometido el día 5 de junio de 2019.

La defensa del acusado dedujo recurso de nulidad contra dicha sentencia, el que fue admitido a tramitación y considerando:

1° El recurrente explica que en la audiencia regulada respectiva, al presentar el fiscal y la defensa certificados que tienen **información contradictoria respecto de la existencia de condenas anteriores por parte del imputado, el tribunal oficia al Servicio de Registro Civil e Identificación para aclarar el punto, sin conocimiento de su parte y sin que el tribunal se encuentre facultado para dicha actuación, pues debe decidir esa materia únicamente con los antecedentes que hagan valer los intervinientes en la misma audiencia.**

Por otra parte, en relación al procedimiento policial que culmina con la detención del acusado, señala que la denuncia anónima carece de formalidad al realizarse

¹⁴⁵ ROL: 82407-2021 – APELACIÓN RECURSO DE AMPARO - TRIBUNAL: CORTE SUPREMA. Disponible en: <https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/home/index.php>

verbalmente al funcionario, por lo que no es posible probar que ésta originó la investigación. Además, frente a esta denuncia el fiscal instruye vigilancia del lugar, no así la de control de identidad, la que se lleva a cabo sin que las policías vieran droga o dinero, sino un mero movimiento de manos. Continúa expresando que a raíz de ese control de identidad el fiscal instruye el ingreso al domicilio del imputado alrededor de las 18:00 hrs., no obstante que la declaración de la persona sometida al control de identidad que indica haber comprado droga al imputado se efectúa a las 20:00 hrs., accediendo a ese lugar sin causa legal, realizando un registro del cual además no hay registro audiovisual. Finalmente reclama que se señale en el fallo que la droga encontrada en el domicilio del acusado es la misma incautada al supuesto comprador, sin embargo, ésta no fue decomisada, por lo que no hay conexión entre una y otra. Pide invalidar el juicio y la sentencia recurrida, dictando una de reemplazo absolutoria, o retrotrayendo de la causa al estado anterior a la infracción para que sea conocida por tribunal no inhabilitado.

2° Que la sentencia impugnada, tuvo por acreditados los siguientes hechos: El día 5 de junio de 2019, en horas de la tarde, en el sector de Santa Julia, específicamente en calle Sau-Sau , comuna de Viña del Mar , personal del OS7 de Carabineros montó un dispositivo de vigilancia previa instrucción del Fiscal de Turno, tras diversas denuncias de vecinos del sector por la posible venta de drogas efectuada por un sujeto apodado El Cotorra , en un domicilio particular ubicado en pasaje Sau-Sau, paradero 5 ½, sector Santa Julia de esta ciudad. Durante la referida vigilancia, el personal policial se percató alrededor de las 16:20 horas, que dos personas llegaron hasta la reja del domicilio ubicado en calle Sau-Sau , N° 320 , casa 6-A del paradero 5 ½ de Santa Julia, quienes llamaron hacia el interior del lugar, siendo atendidos por un sujeto, más tarde identificado como el acusado Marco Antonio Alocilla Saldivia, quien entregó pequeños envoltorios de color blanco a cada uno de los individuos, a cambio de dinero, luego de lo cual los dos sujetos se retiraron caminando. Con tales antecedentes, el personal policial fiscalizó a los presuntos compradores en calle Los Alelíos esquina de calle Las Vertientes, sector Santa Julia de esta ciudad, identificándolos como XXXX. Cada

uno de los compradores entregó al personal policial un envoltorio de papel de cuaderno lineal, contenedores de cocaína, con un peso neto de 0,1 gramos, cada envoltorio. Minutos más tarde, previa instrucción del Fiscal de turno y conforme a las facultades que confiere el artículo 206 del Código Procesal Penal, el personal policial ingresó al domicilio de calle Sau-Sau , Nº 320 , casa 6-A , paradero 5 ½ de Santa Julia, encontrando en su interior al acusado Marco Antonio Alocilla Saldivia, quien mantenía en una de las dependencias destinada a bodega, sobre un mueble tipo estante, un banano de material sintético de color café, con 54 envoltorios de papel cuaderno lineal, todos ellos contenedores de pasta base de cocaína, con un peso neto de 12,1 gramos. Asimismo, el acusado entregó al personal policial la suma de \$ 124.000 en dinero efectivo. Estos hechos fueron calificados como delito de tráfico de pequeñas cantidades de droga, previsto y sancionado en el artículo 4 de la Ley Nº 20.000.

3° Que en relación al primer reclamo fundante de la pretensión de nulidad recaído sobre el requerimiento de información del tribunal al Servicio de Registro Civil e Identificación sobre la existencia de condenas anteriores del imputado realizado en forma oficiosa y sin autorización legal para así proceder, no permite tener por demostrado lo postulado por el recurrente, esto es, que el tribunal actuó de manera oficiosa y sin conocimiento de la defensa del acusado.

4° Que, a la falta de autorización legal para que el tribunal requiriera dicha información, si bien es efectivo que, conforme al inciso final del artículo 343 del Código Procesal Penal, para resolver sobre las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal ajenas al hecho punible, y los demás factores relevantes para la determinación y cumplimiento de la pena, el tribunal recibirá los antecedentes que hagan valer los intervinientes para fundamentar sus peticiones, sin facultarlo para solicitar oficiosamente o a petición de parte, deben fundarse en “el agravio a la garantía del debido proceso debe ser real”, en cuanto perjudique efectivamente los derechos procesales de la parte.

5° Que, la defensa del acusado y el fiscal **presentan extractos de filiación y antecedentes que dan cuenta de información contradictoria sobre la existencia de condenas anteriores en contra del imputado**, el tribunal, a solicitud

del fiscal, requiere la aclaración necesaria al Servicio de Registro Civil e Identificación, sin que conste en el acta de la audiencia oposición de parte de la defensa a tal solicitud, o reposición o solicitud de nulidad de la resolución que ordena requerir esa información, lo que **permite inferir que se allanó o concordó con la realización de dicha actuación**, por ser ésta pertinente y necesaria para dar adecuada aplicación a las normas que regulan las penas sustitutivas, en especial al artículo 62 de la Ley N° 20.000 y 1 de la Ley N° 18.216.

Por otra parte, el tribunal en verdad no solicita un nuevo antecedente que no haya sido objeto del debate de las partes, sino que nada más busca aclarar por qué los certificados que incorporaron en la audiencia los mismos intervinientes contienen información discordante, dilucidación que de manera fehaciente sólo puede efectuar la misma institución que emite dichos certificados.

Que, por las razones anteriores, la actuación realizada por el tribunal cuestionada por el recurso **no constituye una infracción sustancial al debido proceso**.

6° Respecto a los cuestionamientos al procedimiento policial, el tribunal los desestima por las siguientes consideraciones:

Alegaciones de la defensa: los funcionarios policiales fueron precisos en la forma en que llevaron a cabo el procedimiento; primero, realizaron una vigilancia previa instrucción del Ministerio Público; segundo, al apreciar la posible transacción de droga, efectuaron un control de identidad, para lo cual no requerían autorización previa del fiscal, desde que se trata de una actuación que los funcionarios policiales pueden hacer autónomamente; y tercero, atendidos los resultados de esa diligencia, especialmente la información recabada de los sujetos y la incautación de una sustancia que a la prueba de campo resultó ser droga, el fiscal instruyó el ingreso al domicilio del acusado, en virtud de un delito flagrante, conforme lo establece el artículo 206 del Código Procesal Penal. **En este sentido, el control de identidad se realizó motivado por suficientes indicios indicativos de que se cometía un delito**, por cuanto carabineros conoció de denuncias previas sobre una casa que identificaron y vigilaron, en la que se vendía droga, y en la vigilancia discreta al domicilio captaron a dos sujetos en maniobras típicas de compra; antecedente suficiente de que los sujetos cometían, al menos, una falta penal; razón por la que

fueron controlados. De esta forma, el control de identidad ejecutado dentro de los márgenes legales entregó suficientes motivos para determinar la existencia de un delito flagrante que llevó a los funcionarios policiales a decidir el ingreso al domicilio. Los hechos asentados en el fallo constituyen un indicio suficiente y objetivo de que las personas controladas acababan de adquirir y, por tanto, portaban droga o, al menos de que pudieren suministrar informaciones útiles para la indagación del delito de tráfico de drogas, desde que, como se dijo existía varias denuncias respecto a dicha actividad delictiva en ese sector. Que, respecto de la falta de registro audiovisual de la diligencia de entrada y registro, la misma no es exigida por la ley y el recurrente no explica cómo su omisión afecta sustancialmente algún derecho fundamental del acusado.

7° Que por todo lo razonado, **el recurrente no ha demostrado una infracción sustancial a una garantía fundamental del imputado de autos**, debiendo en consecuencia desestimarse recurso.

Se previene, que **el Ministro Sr. Llanos y la Abogada Integrante Sra. Coppo, determinan por el rechazo del recurso** en cuanto se funda en el requerimiento de información efectuado por el tribunal al Servicio de Registro Civil e Identificación, teniendo únicamente presente que al recaer esa queja sobre la obtención de un antecedente para la decisión de la concesión de alguna pena sustitutiva de la Ley N° 18.216, asunto que es materia del recurso de apelación contemplado, el perjuicio que ocasionaría la infracción alegada puede ser subsanado mediante dicho arbitrio.¹⁴⁶

10. ROL: 30285-2021– APELACIÓN RECURSO DE AMPARO - TRIBUNAL: CORTE SUPREMA.

· Antecedentes previos:

En la Corte de Apelaciones de Antofagasta, con fecha 20 de abril del año 2021, compareció la defensora penal pública, interpuso acción de amparo constitucional en contra de la resolución pronunciada por el Juez de Garantía de Taltal, de fecha

¹⁴⁶ ROL: 38983-2021 – RECURSO DE NULIDAD – TRIBUNAL: CORTE SUPREMA. Disponible en: <https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/home/index.php>

8 de abril de 2021, en causa RIT 423-2018, en virtud de la cual **se rechazó la solicitud de tener por cumplida la pena sustitutiva de remisión condicional de la pena.**

Se funda su recurso en que su representado fue condenado, con fecha 30 de julio de 2018, a la pena de 541 días de presidio menor en su grado medio, sustituyéndose la pena privativa de libertad por la de remisión condicional de la pena, con un plazo de observación de 18 meses, dándose inicio al cumplimiento de la pena sustitutiva en el mes de marzo del año 2019. Agrega que, **entre los meses de marzo y octubre del año 2020, el amparado no pudo dar cumplimiento a la pena ya señalada, toda vez que en atención a la situación sanitaria que afecta a la comuna y al país, el anexo del Centro de Reinserción Social de Taltal se encontraba sin atención presencial de usuarios**, no obstante, lo anterior, afirma que su representado se presentó cada mes y le señalaban **que no era posible estampar las firmas por la contingencia sanitaria**. Por lo expuesto, es que **se solicitó al Juzgado de Garantía que se tuviera por cumplida la pena sustitutiva de remisión condicional de la pena, resolviéndose con fecha 8 de abril del presente, no acceder a lo solicitado**, porque no existe en el marco normativo del régimen disposición alguna que permia dar por cumplidas las penas impuestas sin que se hayan llevado a efectos los controles previstos en ella, a pesar de que no hayan estado disponibles los medios pertinentes por las instituciones a cargo.

En cuanto a los antecedentes de derecho, cita el artículo 21 y 19 N° 7 letra b) de la Constitución Política, afirmando que se está perturbando el referido derecho ya que su representado, no obstante haber transcurrido el plazo de observación para la pena sustitutiva previsto originalmente para el mes de septiembre del año 2020, y estando llano a cumplir, no lo pudo hacer por encontrarse el Centro de Reinserción Social de Gendarmería de Chile sin atención presencial para poder cumplir con su pena, viendo así extendido el cumplimiento de la misma por causas que **no le son imputables** y en el caso concreto no se implementaron mecanismos alternativos de control vía telemática o remota. Solicita que se acoja el presente recurso y se declare que se tiene por cumplida la remisión condicional de la pena respecto del sentenciado.

Posterior a ello informa el Juez recurrido, haciendo presente que mediante oficio N° 1054-2020, de fecha 26 de marzo de 2020, el magistrado Pablo Noziglia Reyes autorizó la suspensión de las penas sustitutivas de remisión condicional de la pena y de reclusión parcial en el establecimiento penitenciario de la comuna de Taltal, hasta que se restablecieran las condiciones de salubridad. Posteriormente, una vez informado que el recinto penitenciario había restablecido las condiciones para el cumplimiento de las referidas penas sustitutivas, el amparado debía dar inicio al cumplimiento de la remisión condicional de su pena, lo que se concretó por resolución de fecha 10 de febrero de 2021, la que fue notificada por cédula al afectado el día 16 de marzo de 2021. Finalmente, señala que aun asumiendo que el condenado demostró que quiso cumplir con los controles impuestos por la pena sustitutiva, lo que no ha ocurrido, la decisión adoptada por la resolución que se recurre **en ningún caso es ilegal**, ya que fue adoptada en el marco de un proceso de ejecución de una penal legalmente impuesta por sentencia firme y no prescrita. Que, el recurso de amparo se ha establecido en favor de todo individuo que se hallare arrestado, detenido o preso con infracción a lo dispuesto en la Constitución o en las leyes o respecto de la persona que ilegalmente sufra cualquiera otra privación, perturbación o amenaza a su derecho a la libertad personal y seguridad individual, debiéndose adoptar las medidas que se estime conducentes para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado. Que el recurso de amparo se encuentra reservado para aquellas actuaciones ilegales y arbitrarias, que **requieran medidas urgentes, ante la privación de la libertad personal o la seguridad individual, cuyo no es el caso**. En efecto, si bien el amparado fue condenado, la pena fue sustituida por la remisión condicional de la pena, la cual en la práctica se desarrolla en medio libre, sujeta a las condiciones administrativas que impongan Gendarmería. Además, el cumplimiento de la remisión condicional se encontraba suspendido desde marzo de 2020 hasta que las condiciones de salubridad se restablezcan, lo que acaeció en diciembre de 2020, por lo que en aquel periodo el amparado se encontraba liberado de la presentación ante la autoridad administrativa, sin perjuicio de que él voluntariamente haya concurrido.

Que, en este orden de ideas, **la resolución recurrida no es ilegal**, no solo por el hecho de haberse pronunciado por juez competente y dentro de la esfera de sus atribuciones, sino que también porque no existe, en la actual legislación, la posibilidad de abogar por un cumplimiento "insatisfactorio", llevando razón el juez recurrido al indicar que en la Ley N° 18.216 no existe disposición que permita dar por cumplida la pena en la forma que lo solicita el recurrente.

Que, si el amparado no estuvo conforme con la resolución que impugna a través de la presente acción constitucional, debió interponer el respectivo recurso de apelación en virtud del artículo 37 de la Ley N° 18.216. Por estas consideraciones y de acuerdo, además, con lo dispuesto en el artículo 21 de la Constitución Política de la República y Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema del 19 de diciembre de 1932, sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Amparo, SE RECHAZA.

· Posterior a estos antecedentes la Corte Suprema resolvió:

El 29 de abril del año 2021, determino que:

Que el Centro de Reinserción Social de Tal Tal se mantuvo cerrado, entre los meses de marzo a octubre del año 2020 por razones de salubridad (Covid 19), afectando con ello al amparado, quien no pudo cumplir con sus firmas mensuales **por razones que no le son atribuibles, sin que se le hubieren otorgado ni por la autoridad administrativa -siendo de su cargo la obligación de mantener los registros necesarios para el control del cumplimiento de la sanción- ni por parte del tribunal a cargo de la ejecución**, mecanismos alternativos para verificar tal obligación, **lo que constituye una vulneración a su libertad personal**. Por lo demás, que resulta **improcedente que el Juez Presidente del tribunal de ejecución, mediante una resolución administrativa y, consecuentemente, sin seguir el procedimiento jurisdiccional correspondiente, haya suspendido genéricamente el cumplimiento de la totalidad de las penas sustitutivas en cumplimiento ante dicho juzgado**. Y de conformidad además con lo dispuesto en el artículo 21 de la Constitución Política de la República, **se revoca la sentencia apelada y, en su lugar, se declara que se acoge el recurso de amparo**

interpuesto a favor del amparado, y que se tiene por cumplida la pena sustitutiva de remisión condicional.¹⁴⁷

¹⁴⁷ ROL: 30285-2021– APELACIÓN RECURSO DE AMPARO - TRIBUNAL: CORTE SUPREMA. Disponible en: <https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/home/index.php>

Capítulo V. Conclusiones.

Después de finalizada a la investigación, se obtiene un análisis bastante positivo del tema en asunto, sobre las penas sustantivas o alternativas, en cuanto al grado y nivel de conocimiento obtenido, es por ello que surgen las siguientes dudas de las penas sustantivas como elementos importantes en la rehabilitación y reinserción social, recientemente se han visto afectadas por causas del evento pandémico que ha ocurrido mundialmente con la enfermedad COVID19, en donde muchos centros y tribunales del país, no supieron cómo actuar respecto al tema y control de las medidas. Ejemplo de ello es el Rol: 30285-2021 de la Corte Suprema, en donde queda en evidencia la desinformación y malas decisiones que se tomaron en afectación a los derechos fundamentales y el debido proceso en perjuicio del condenado.

Actualmente, según Gendarmería de Chile, en el informe estadística general penitenciaria a la actualidad año 2023¹⁴⁸, existen un total de 65.130 condenados con penas sustantivas en relación a la ley 18.216

Penas/Medidas Ley N°18.216	Hombres	Mujeres	Total
Remisión Condicional de la Pena	688	70	758
Libertad Vigilada del Adulto	133	10	143
Reclusión Nocturna	54	1	55
Remisión Condicional	29.239	3.907	33.146
Libertad Vigilada	890	296	1.186
Libertad Vigilada Intensiva	15.849	2.645	18.494
Reclusión Parcial	5.752	489	6.241
P.S.B.C.	4.331	776	5.107
Total	56.936	8.194	65.130

Sin informar, si realmente se están cumpliendo efectivamente o existen problemas en su control, que ya desde hace algunos años atrás fue publico el incumplimiento de medidas. La propia Ministra Gloria Ana Chevesich, en el año 2020 manifestó, al pronunciarse sobre el lamentable asesinato del controversial caso de la adolescente

¹⁴⁸ Estadística General Penitenciaria, Gendarmería de Chile. 2023. Disponible en: https://www.gendarmeria.gob.cl/est_general.html

Ámbar Cornejo, cuando se le otorgó libertad condicional a su agresor, señalando en: “A mí y a todos los integrantes del Poder Judicial nos duele profundamente la muerte de una adolescente y estamos conscientes de la crítica que se nos formula por haberse otorgado la libertad condicional a una persona a quien se le imputa participación directa en ese delito, que la obtuvo en el año 2016 tras cumplir 11 años de una puesta impuesta por un doble homicidio que cometió”... **“La gran deuda del sistema penal chileno es lo concerniente a la ejecución de las penas, es decir lo relativo a la implementación de un sistema de seguimiento eficiente y eficaz de los condenados, mediante la labor de delegados que los acompañen en todo su proceso de reinserción social y la existencia y jueces y juezas de ejecución que puedan adoptar decisiones entorno aquello.** Con todo, el Poder Judicial siempre ha estado disponible para introducir modificaciones y perfeccionar la normativa que regula su quehacer. En el caso concreto, para establecer mejores estándares para otorgar la libertad condicional que permitan un efectivo seguimiento de los procesos y el desarrollo y aplicación de las políticas de reinserción social”.¹⁴⁹

Ahora, en la actualidad año 2023, quizás los problemas más evidentes es la situación con las personas reincidentes, sobre población penitenciaria, efectivo control de penas sustitutivas y ante el incremento de la inmigración con las personas extranjeras en Chile, caso revisado en varios fallos citados del capítulo anterior con la pena de expulsión del país, ante ello surge la duda ¿si realmente estas personas cumplirán los requisitos para obtener las penas sustitutivas pertinentes?, ¿las estadísticas y antecedentes serán fidedignos de las personas que ingresan al país irregularmente?, ¿hay convenios y datos exactos con los antecedentes penales de los inmigrantes?, ante ello, surgen mucha desconfianza de los números, se cree que los imputados extranjeros por delitos no se corresponde con las estadísticas recientes al respecto, donde disminuyó y considera delitos contra la salud pública (en pandemia) que la propia Corte Suprema ha considerado faltos de riesgo, señalando que es necesario, “desmitificar una serie de argumentos carentes de

¹⁴⁹ CHEVESICH, Ana Gloria: "La gran deuda del sistema penal chileno es la ejecución de las penas". Poder Judicial de Chile. YouTube. 2020. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=XI8MIQP6kkM>

correlato empírico que hoy dominan el debate público”¹⁵⁰, también surgen las dudas, porque los extranjeros constituyen el 2,36% de los imputados y solo el 2,57% de los condenados. El porcentaje se refiere a una cifra importante de delitos, pero no especifica cuántos de estos corresponden a aquellos de alta cuantía penal, el Ministerio Público que el órgano encargado de sistematizar los datos provenientes de la persecución penal. señaló, **que tal información no estaba disponible ni era sistematizada estadísticamente, para "no incentivar la estigmatización de la población extranjera residente en el país"**, y por consiguiente corresponden a cifras fantasmas.¹⁵¹

Por otro lado, consideramos urgente y necesario la creación de Tribunales especializados en Ejecución y Control de las Penas, consideramos deficiente la normativa actual, tomando como ejemplo de países comparados vistos en el caso de Alemania; existe una **Ley de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad o Ley Penitenciaria Alemana (*Strafvollzugsgesetz*)** que entró en vigencia el 1 de enero de 1977 y regula todo lo relacionado con el régimen de cumplimiento de condena en los recintos penales, en su artículo 110 establece la competencia, señalando que el órgano encargado de resolver la solicitud es la **Sala de Ejecución Penitenciaria** y estos tribunales están compuesto por un solo juez, siendo unipersonales. Esta ley Penitenciaria establece que la autoridad debe elaborar un plan para cada sujeto condenado, en el cual se definen las medidas de resocialización como trabajos a la comunidad, beneficios, etc.¹⁵²

En España, existen los **Juzgados de Vigilancia Penitenciaria** creados en el año 1979 mediante la Ley Orgánica 1/1979, iniciando su funcionamiento en 1981. Este tribunal tiene un **Juez de Vigilancia Penitenciaria**, quien es el especial encargado del control jurisdiccional de la actividad penitenciaria, quien debe velar por los derechos de las personas que se encuentra en privadas de libertad, de vigilar el

¹⁵⁰ RÍOS, Rodrigo. Los mitos en el debate sobre migrantes, extranjeros y delincuencia. CIPER CHILE. 2022. Disponible en: <https://www.ciperchile.cl/2022/07/27/los-mitos-en-el-debate-sobre-migrantes-extranjeros-y-delincuencia/>

¹⁵¹ BRUNA, Roberto. La "estadística fantasma" en materia de inmigración que el Ministerio Público desconoce o no quiere dar. Elo Mostrador. 2022. Disponible en: <https://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2022/05/19/la-estadistica-fantasma-en-materia-de-inmigracion-que-el-ministerio-publico-desconoce-o-no-quiere-dar/>

¹⁵² MORALES PEILLARD, Ana María, WELSCH CHAHÚAN, Gherman y HURTADO BUNSTER, María Teresa. Estudio comparado sobre Tribunales de Ejecución de Penas. Fundación Paz Ciudadana. 2015. Disponible en: <https://pazciudadana.cl/biblioteca/documentos/estudio-comparado-sobre-tribunales-de-ejecucion-de-penas/>

modo en que se cumple la condena impuesta, y de corregir, si fuera necesario, el trabajo de la administración penitenciaria.¹⁵³

En virtud de lo anterior, consideramos que no es óptimo que los Tribunales de Garantía, además de dirigir y fallar algunos procedimientos, además el Juez debe de controlar el cumplimiento de las condenas, no solo de su Tribunal, incluyendo las de los Tribunales Orales en lo Penal, que Gendarmería de Chile y el Ministerio de Justicia intervenga en asuntos netamente jurisdiccionales.

Estamos atrasados en legislación y aplicación de este tipo de temas penales como las penas sustantivas, por ello, urge unificar y especial en la creación del Juez experto solo en estas materias como lo es en Alemania, España y en Latinoamérica con una experiencia más cercana en Brasil con Ley de Ejecución Penal o Argentina los “jueces de ejecución penal” creados a través de la Ley N°24.660 de 1996.

¹⁵³ MORALES PEILLARD, Ana María, WELSCH CHAHÚAN, Gherman y HURTADO BUNSTER, María Teresa. Estudio comparado sobre Tribunales de Ejecución de Penas. Fundación Paz Ciudadana. 2015. Disponible en: <https://pazciudadana.cl/biblioteca/documentos/estudio-comparado-sobre-tribunales-de-ejecucion-de-penas/>

- **Bibliografía**

- ABADINSKY, Howard. Probation and parole: Theory and practice. New Jersey: Prentice-Hall, 1997, p. 24; PETERSILIA, Joan. "Probation in the United States", Crime and Justice", Vol. 22, N° 46. 1997.
- ASHWORTH, Andrew. "Criminal Justice Act 1991: Part 2: Non-custodial sentences", Criminal Law Review. 1992. Disponible en: <https://books.google.cl/books?id=Op8IEAAQBAJ&pg=PT159&dq=ASHWORTH,+Andrew.+Criminal+Justice+Act+1991:+Part+2:+Non-custodial+sentences,+Criminal+Law+Review.+1992.&hl=es-419&sa=X&ved=2ahUKEwicgZuA0aH8AhUZrZUCHbOKArAQ6AF6BAgJEA#v=onepage&q=ASHWORTH%2C%20Andrew.%20Criminal%20Justice%20Act%201991%3A%20Part%202%3A%20Non-custodial%20sentences%2C%20Criminal%20Law%20Review.%201992.&f=false>
- Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la Ley N° 18.216, 1985. Disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadela ley/nc/historia-de-la-ley/7584/>
- Biblioteca del Congreso Nacional. "Historia de la Ley N° 20.603". 2012. Disponible en <https://www.bcn.cl/historiadela ley/historia-de-la-ley/vista-expandida/4505/>.
- BLAY, Ester. La pena de trabajos en beneficio de la comunidad. Tesis doctoral. Barcelona: Universidad Autónoma de Barcelona, 2006. Disponible en: <https://www.tdx.cat/handle/10803/5084>
- BOFILL, Jorge. Informe en derecho sobre constitucionalidad y/o legalidad de la pena en hipótesis de incumplimiento de acuerdo a las indicaciones de la Ley 18.216, encargado por el Ministerio de Justicia. Santiago, 2011. Disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadela ley/historia-de-la-ley/vista-expandida/4505/>
- BOTTOMS, Anthony. "Limiting Prison Use: Experience in England and Wales". The Howard Journal, Vol. 26, N° 3. 1987. (Citado por Salineros, Morales y Castro).

- BOTTOMS, Anthony; GELSTHORPE, Lorraine; REX, Susan, Community penalties. Change and Challenges. Oxon: Willan, 2001, p.1; REX. Susan. Reforming Community Penalties, Cullompton: Willan, 2005.
- BRUNA, Roberto. La "estadística fantasma" en materia de inmigración que el Ministerio Público desconoce o no quiere dar. Elo Mostrador. 2022. Disponible en: <https://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2022/05/19/la-estadistica-fantasma-en-materia-de-inmigracion-que-el-ministerio-publico-desconoce-o-no-quiere-dar/>
- CARDENAS, Marco Ruiz. Las teorías de la pena y su aplicación en el Código Penal. Derecho & Cambio Social. 2022. Disponible en: https://www.derechoycambiosocial.com/revista002/pena.htm#_ednref12
- CAVADINO, Michael; DIGNAN, James. The Penal System, 3a ed., Londres: Sage, 2002. https://books.google.cl/books?id=s_01AQAAIAAJ&q=CAVADINO,+Michael;+DIGNAN,+James.+The+Penal+System,+3a+ed.,+London:+Sage,+2002.&dq=CAVADINO,+Michael;+DIGNAN,+James.+The+Penal+System,+3a+ed.,+London:+Sage,+2002.&hl=es-419&sa=X&ved=2ahUKEwjZ986Ly6H8AhUgpJUCHaWZDGQQ6AF6BAqCEAI
- CHEVESICH, Ana Gloria: "La gran deuda del sistema penal chileno es la ejecución de las penas". Poder Judicial de Chile. Youtube. 2020. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=XI8MIQP6kkM>
- CID MOLINÉ, José. "Penas no privativas de libertad en la Ley Orgánica 15/2003 (especial mención a: trabajo en beneficio de la comunidad y prohibición de acercamiento)". Revista de derecho y proceso penal N° 12. 2004. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1173060>.
- Código Penal Alemán (*Strafgesetzbuch (StGB)*). 2023. Disponible en: <https://www-gesetze--im--internet-de.translate.goog/stgb/BJNR001270871.html? x tr sl=de& x tr tl=es& x tr hl=es-419& x tr pto=sc#BJNR001270871BJNG001902307>

- Código Penal Alemán. Traducido por Claudia López Díaz. Universidad Externado de Colombia. 1999. Disponible en: https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l_20080616_02.pdf
- Código Penal Español. 2023. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>
- Consejo para la Reforma Penitenciaria. “Recomendaciones para una nueva política penitenciaria”. 2010. Disponible en: https://www.cesc.uchile.cl/Informe_CRPenitenciaria.pdf.
- CUELLO CALON, Eugenio. El proyecto de Código Penal alemán de 1919, Madrid: Reus, 1924. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4939363>
- CULLEN, Francis y GILBERT, Karen. Reaffirming rehabilitation. 1982. Disponible en: https://books.google.cl/books?id=OWwOhfPBoT8C&printsec=frontcover&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false
- CURY, Enrique. Derecho Penal. Parte General, Ediciones Universidad Católica de Chile, octava edición, Santiago.
- DE LA JARA, Daniela. “Medidas alternativas a la Prisión en el Contexto de un Estado Democrático de Derecho.”, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Departamento de Ciencias penales. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. 2014. Disponible en: <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/129836>
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. La evolución del sistema de penas en España: 1975-2003. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2006. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/08/recpc08-07.pdf>.
- DURÁN, Mario. “Teorías absolutas de la pena: Origen y fundamentos. Conceptos y críticas fundamentales a la teoría de la retribución moral de Immanuel Kant a propósito del neo-retribucionismo y del neo-proporcionalismo en el Derecho penal actual.” Disponible en:

http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-43602011000100009

- Estadística General Penitenciaria, Gendarmería de Chile. 2023. Disponible en: https://www.gendarmeria.gob.cl/est_general.html
- ETCHEBERRY, Alfredo. Derecho Penal. Parte General, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición. 1997, Santiago,
- GARCIA – LOZANO, Teresa. Los sustitutivos penales en España: análisis y medidas en delitos de reciente persecución. 2015. Pág. 4. Disponible en: <https://repositorio.comillas.edu/xmlui/bitstream/handle/11531/28276/TFG%20-%20GarcAa-Lozano%20Aranda%2C%20Teresa.pdf?sequence=1>
- GARRIDO, Mario. Derecho penal. Parte General, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, Santiago.
- Google Libros, 2022. Disponible en: <https://books.google.cl/>
- GÖPPINGER, Hans. Criminología. Disponible en: https://books.google.cl/books?id=VaEPAQAACAAJ&dq=G%C3%96PPINGER,+Hans.+Criminolog%C3%ADa&hl=es-419&sa=X&redir_esc=y
- HOWARD, Michael. Ministro del Interior, Conservative Party's speech, 13 de octubre de 1993. (Citado por Salineros, Morales y Castro).
- JAKOBS, Günther. Derecho Penal Parte General, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- JESCHECK, Hans-Heinrich. Reforma del derecho penal en Alemania. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2785956.pdf>.
- LABATUT, Gustavo, Derecho Penal, Parte General, Tomo I. Editorial Jurídica de Chile, 1992. Santiago,
- LARRAURI, Elena. Populismo punitivo y cómo resistirlo, Jueces para la democracia, N° 55, 2006. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1960479>
- Ley de rehabilitación de delincuentes (*Offender Rehabilitation Act*). 256 AA 2023. Disponible en: <https://www-legislation-gov-uk.translate.goog/ukpga/2014/11? x tr sl=en& x tr tl=es& x tr hl=es-419& x tr pto=wapp>

- MAÑALICH, Juan Pablo. “Retribución como Coacción Punitiva”, Derecho y Humanidades 16, vol. I, 2010. Disponible en: <https://derechoyhumanidades.uchile.cl/index.php/RDH/article/view/16004>
- MORALES PEILLARD, Ana Maria, WELSCH CHAHÚAN, Gherman y HURTADO BUNSTER, Maria Teresa. Estudio comparado sobre Tribunales de Ejecución de Penas. Fundación Paz Ciudadana. 2015. Disponible en: <https://pazciudadana.cl/biblioteca/documentos/estudio-comparado-sobre-tribunales-de-ejecucion-de-penas/>
- MORALES, Ana María. “Vigilancia en la modernidad tardía: El monitoreo telemático de infractores”, Política criminal, vol. 8, Nº 16, Art. 3, 2013. Disponible en: https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-33992013000200003&script=sci_abstract
- NELLIS, Mike. “Community penalties in historical perspective”. En: BOTTOMS, Anthony; GELSTHORPE, Lorraine; REX, Susan. Community penalties. Change and Challenges, Oxon: Willan, 2001. Disponible en: https://books.google.cl/books?id=2MSHPZV_QasC&pg=PR5&dq=NELLIS,+Mike.+%E2%80%9CCommunity+penalties+in+historical+perspective%E2%80%9D.&hl=es-419&sa=X&ved=2ahUKEwjKjryl1KH8AhUTpZUCHdyKB4YQ6wF6BAgHEAE#v=onepage&q=NELLIS%2C%20Mike.%20%E2%80%9CCommunity%20penalties%20in%20historical%20perspective%E2%80%9D.&f=false
- NOVOA, Eduardo, Curso de Derecho Penal Chileno, Parte General. Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición, 2010. Santiago.
- Oficina Judicial Virtual. Poder Judicial de Chile. 2022. Disponible en: <https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/home/index.php>
- POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; y, RAMÍREZ, María Cecilia. Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte General, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, 2003. Santiago.
- RAYNOR, Peter. “Community penalties, probation, and offender management”, En: MAGUIRE, Mike; MORGAN, Rod; REINER, Robert

(Eds.), The Oxford handbook of Criminology, 5a ed., Oxford: Oxford University Press, 2012.

- Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Claudio Andrés Cayupán Porma, respecto del artículo 196 ter, de la Ley N° 18.290. 2019. Disponible en: https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372020000200513&script=sci_arttext.
- RÌOS, Rodrigo. Los mitos en el debate sobre migrantes, extranjeros y delincuencia. CIPER CHILE. 2022. Disponible en: <https://www.ciperchile.cl/2022/07/27/los-mitos-en-el-debate-sobre-migrantes-extranjeros-y-delincuencia/>
- ROXIN, Claus. “Problemas Básicos del Derecho Penal”. Reus, S.A, 1976.
- SALINERO ECHEVERRÍA, Sebastián, MORALES PEILLARD, Ana María, & CASTRO MORALES, Álvaro. Análisis comparado y crítico de las alternativas a las penas privativas de libertad. La experiencia española, inglesa y alemana. Política criminal, 12(24), Páginas 786-864. 2017. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992017000200786>
- SALINERO, Sebastián. “La expulsión de extranjeros en el derecho penal. Una realidad en España, una posibilidad en Chile”, Política Criminal, vol. 6, N° 11, Art. 4. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0718-33992011000100004&lng=pt&nrm=i
- SANTA MARÍA, Daniela y AVALOS, Valentina. Análisis crítico de la ley 18.216 a la luz de la teoría de la pena”. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Departamento de Ciencias penales. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. 2028. en: <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/152736>
- VARGAS, Tatiana. Manual práctico de aplicación de la pena. La pena con preguntas y Respuestas, Legal Publishing. 2014, Santiago.
- VON HIRSCH, Andrew. Censure and Sanctions (Oxford, Clarendon Press). Washington State Institute for Public Policy (WSIPP) (2019): Cost benefit,

adult criminal justice. Pág. 102 y siguiente. Disponible en <https://www.wsipp.wa.gov/BenefitCost?topicId=2>.

- WORRALL, Anne; HOY, Clare. Punishment in the Community. 2ª Ed., Cullompton: Willan, 2005. Disponible en: <https://books.google.cl/books?id=RsaqWBAAr6YC&pg=PT3&dq=WORRALL,+Anne;+Punishment+in+the+Community.+2005.&hl=es-419&sa=X&ved=2ahUKEwi80J6t0aH8AhV4E7kGHVmxBFoQ6AF6BAglEAI#v=onepage&q=WORRALL%2C%20Anne%3B%20%20Punishment%20in%20the%20Community.%202005.&f=false>

- JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema:

ROL: 10335-2017 – RECURSO DE NULIDAD.

ROL: 18532-2022 – APELACIÓN DE RECURSO DE AMPARO.

ROL: 8548-2022 – APELACIÓN RECURSO DE AMPARO.

ROL: 41757-2021 –RECURSO DE NULIDAD.

ROL: 82407-2021 – APELACIÓN RECURSO DE AMPARO.

ROL: 38983-2021 – RECURSO DE NULIDAD.

ROL: 30285-2021– APELACIÓN RECURSO DE AMPARO.

Corte de Apelaciones:

ROL: 249-2022- RECURSO DE AMPARO- TRIBUNAL: CORTE DE APELACIONES DE VALDIVIA.

ROL: 39-2022 - RECURSO DE APELACIÓN - TRIBUNAL: CORTE DE APELACIONES DE PUNTA ARENAS.

ROL: 4129-2022 - RECURSO DE AMPARO - TRIBUNAL: CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO.